



Università degli Studi di Cagliari

DOTTORATO DI RICERCA

IN DIRITTO DEI CONTRATTI

Ciclo XXVII

TITOLO TESI

SOPRAVVENIENZE E RIMEDI NEL CONTRATTO D'APPALTO:

LA PREVISIONE DEL COSIDDETTO OBBLIGO DI

RINEGOZIAZIONE

Settore/i scientifico disciplinari di afferenza

IUS/01 DIRITTO PRIVATO

Presentata da: Dott.ssa Patrizia Rombi

Coordinatore Dottorato Prof.ssa Valeria Caredda

Tutor e Relatore Prof.ssa Maria Giovanna Falzone

Esame finale anno accademico 2013 – 2014

Indice

Introduzione.....	p. 8
-------------------	------

Capitolo primo

La sopravvenienza contrattuale

1. La sopravvenienza contrattuale nella storia: dal principio <i>pacta sunt servanda</i> alla clausola <i>rebus sic stantibus</i>	p. 12
2. Le successive evoluzioni del concetto di sopravvenienza: l'esempio frances.....	p. 16
2.1. Segue. La sopravvenienza in Germania, Svizzera, Austria e Polonia.....	p. 19
2.2. Segue. Il mutamento delle circostanze nell'area del <i>common law</i>	p. 24
3. L'evoluzione del concetto di sopravvenienza in Italia.....	p. 28
3.1. L'entrata in vigore del Codice del 1942 e l'introduzione del rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.....	p. 32
3.2. I presupposti di applicazione per l'esercizio del rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.....	p. 34
3.3. Impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenuta: tratti distintivi.....	p. 38
4. I limiti all'operatività del rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.....	p. 39
4.1. Segue. Il mutamento delle circostanze: la presupposizione.....	p. 43
4.2. Segue. Il mutamento delle circostanze: l'errore di previsione.....	p. 48

Capitolo secondo

Sopravvenienze e rimedi nel contratto d'appalto

1. L'appalto come banco di prova per l'analisi delle sopravvenienze.....p. 53
2. L'attuale disciplina del contratto d'appalto.....p. 56
3. I rimedi legali nella gestione delle sopravvenienze nel contratto d'appalto.....p. 60
 - 3.1. *Segue*. Le variazioni necessarie al progetto.....p. 62
 - 3.2. *Segue*. Onerosità e difficoltà di esecuzione.....p. 67
 - 3.3. *Segue*. Problemi di coordinamento tra l'art. 1664 cod. civ. e la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.....p. 73
4. I rimedi convenzionali nella gestione delle sopravvenienze: cenni e rinvio.....p. 76

Capitolo terzo

La revisione del contratto

1. I rimedi convenzionali nella gestione delle sopravvenienze: le clausole compromissorie, l'arbitraggio, le clausole di indicizzazione, il *ius variandi*, l'*hardship* e clausole di rinegoziazione.....p. 79
2. Riflessioni sul possibile intervento giudiziale nella vicenda rinegoziativa.....p. 87
3. La possibilità di previsione di un obbligo generale di revisione del contratto.....p. 89

Capitolo quarto

Sopravvenienze contrattuali e criteri di efficienza economica

1. Scienza giuridica e teoria economica.....	p. 96
2. Una teoria economica del contratto: cooperazione e assunzione di impegni, informazione, adempimento, affidamento.....	p. 97
3. Sopravvenienze e costi transattivi: lacune e integrazione del contratto.....	p. 102
3.1. Segue. Impossibilità sopravvenuta e teoria economica.....	p. 104
3.2. Segue. Eccessiva onerosità sopravvenuta nell'analisi economica del diritto.....	p. 107
3.3. Segue. Onerosità e difficoltà di esecuzione valutate sotto la lente della teoria economica del contratto.....	p. 109
4. Investimenti specifici e <i>hold up</i> contrattuale	p. 111
5. Internalizzare la sopravvenienza: la rinegoziazione.....	p. 113

Capitolo quinto

La rinegoziazione nel panorama internazionale

1. La rinegoziazione secondo i Principi <i>Unidroit</i> la clausola di <i>hardship</i>	p. 117
2. L'attuale gestione delle sopravvenienze nei Paesi di <i>civil law</i>	p. 126
3. L'esperienza angloamericana: il Claim e la risoluzione delle controversie innanzi al <i>Dispute Review Boards (DRBs)</i>	p. 131
4. Le sopravvenienze del contratto nell'ordinamento cinese: origini storiche e sviluppi attuali.....	p. 140

5. La via italiana dell'obbligo legale di rinegoziazione: profili evolutivi e considerazioni conclusive.....	p. 148
--	--------

<i>Bibliografia</i>	p. 157
---------------------------	--------

Introduzione

Questo lavoro si propone di assumere come studio specifico l'analisi delle sopravvenienze e dei possibili rimedi nel contratto d'appalto e più in generale nei contratti di lungo periodo, alla luce dell'affermata esigenza di *flessibilizzazione* delle relazioni contrattuali ad esecuzione prolungata e della prospettata possibilità di individuazione nel nostro ordinamento di un obbligo di rinegoziazione, inteso come strumento idoneo a soddisfare tale esigenza.

Trattasi di una tematica non del tutto nuova agli studiosi del diritto, ove si consideri che già in passato parte della dottrina¹ aveva interpretato la ben nota disposizione di cui all'art. 1372 cod. civ., secondo cui «*il contratto ha forza di legge tra le parti*», come fonte dalla quale desumere la necessità di conservazione del rapporto contrattuale a fronte di vicende sopravvenute, quando buona fede, equità e principi di solidarietà economica lo richiedano.

La tematica che si intende affrontare si inserisce nell'ambito delle vicende proprie dei contratti a medio e/o lungo termine, notoriamente contrapposti ai contratti a scambio istantaneo; mentre questi ultimi sono caratterizzati dall'assenza di divaricazione tra regolamento contrattuale ed esecuzione del contratto, i primi sono, invece, interessati dalla possibilità che circostanze sopravvenute alla stipulazione incidano sull'equilibrio sinallagmatico, determinando la necessità di revisione del regolamento pattizio.

In queste tipologie contrattuali, il tempo intercorrente tra la stipulazione e il momento dell'esecuzione della prestazione, può far emergere il rischio del venir meno dell'assetto di interessi originariamente programmato dalle parti.

La tensione verso l'equità dello scambio che emerge dall'analisi della più recente legislazione di diritto privato non può essere considerata un fenomeno ristretto al solo settore dei contratti del consumatore ma riflette il più generale problema della giustizia del contratto².

In questo ambito, i rimedi tradizionali predisposti dall'ordinamento al servizio dell'autonomia privata per superare l'*impasse* determinata dall'insorgere delle

¹ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

² AMADIO-MACARIO, *Diritto civile - Norme, questioni, concetti*, I, Bologna, 2014, p. 547 ss..

sopravvenienze, sono tendenzialmente ablativi: contro i difetti funzionali del sinallagma, questi operano per lo più attraverso la *risoluzione* del contratto³.

Tuttavia non è detto che la risoluzione sia il rimedio più soddisfacente, nemmeno per la parte che la invoca. In particolare nel contratto d'appalto, caratterizzato spesso dalla presenza di rilevanti investimenti, sia in termini monetari che di tempo profuso nelle trattative e nell'esecuzione del contratto, l'interesse delle parti potrebbe essere meglio soddisfatto attraverso la conservazione del rapporto.

Proprio per salvaguardare tali investimenti il nostro legislatore ha previsto una serie di rimedi manutentivi positivizzati nelle norme codicistiche sia in relazione al contratto in generale, sia nello specifico, in materia di appalto che hanno proprio lo scopo di "conservare" quei rapporti contrattuali facilmente inclini a subire squilibri per il verificarsi di sopravvenienze nel corso della loro esecuzione.

La previsione di tali rimedi dimostra la presa di coscienza da parte del legislatore del fatto che nell'appalto, e più in generale nei contratti di lungo periodo, potrebbe rivelarsi più rispondente agli interessi dei contraenti il ricorso a strumenti manutentivi di fonte legale o convenzionale. Tra questi rimedi un ruolo particolarmente significativo sta assumendo la previsione dell'obbligo di rinegoziazione, istituto nato nella prassi dei mercati internazionali, che ha trovato riconoscimento a livello europeo, grazie alla sua previsione nei principi *Unidroit* nell'ambito dei quali si inserisce nella previsione delle clausole di *Hardship*.

Tale rimedio ha ad oggetto squilibri sopravvenuti del sinallagma contrattuale, per cui la parte *svantaggiata* può domandare alla controparte la rinegoziazione del contratto e questa è tenuta a concederlo in applicazione del canone di buona fede.

Dal riconoscimento dell'istituto a livello internazionale ed europeo sorge l'interrogativo se esso possa trovare asilo anche nell'ordinamento interno, facendo ricorso ai principi di conservazione e adeguamento del rapporto che animano la disciplina dei singoli contratti.

Obiettivo dell'indagine che si intende compiere, peraltro, non è solo quello di individuare le fonti attraverso cui legittimare l'interprete a riconoscere nel nostro

³ ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, IUDICA-ZATTI (a cura di), Milano, 2001, p. 1041.

ordinamento l'obbligo di rinegoziazione⁴, ma anche quello di comprendere, in una prospettiva empirica, il *se* e il *quando* sia necessario e/o opportuno riconoscere tale obbligo.

In quest'ottica le circostanze sopravvenute alla stipulazione verranno interpretate alla luce dei principi e delle dinamiche proprie dell'analisi economica del diritto, onde individuare la soluzione ottimale in vista di un'efficiente allocazione delle risorse, tutte le volte in cui il costo per ri-negoziare il programma contrattuale sia tale da scoraggiare la naturale tendenza ad optare per un impiego più remunerativo⁵.

Individuati in tal modo i limiti entro cui si rende opportuno, in chiave giuseconomica, il ricorso allo strumento della rinegoziazione del contratto, si procederà all'analisi dei paralleli istituti rinegoziativi presenti in altri ordinamenti al fine di comprendere i meccanismi di funzionamento e verificare la possibilità di una loro applicazione nel nostro sistema giuridico.

⁴ Compito, peraltro, già ampiamente affrontato da autorevole dottrina, in particolare da RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, in *Studi di diritto civile*, IRTI-RESCIGNO (diretti da), Milano, 2004.

⁵ CALABRESI, *L'analisi economica del diritto contrattuale, Introduzione*, in *Interpretazione giuridica e analisi economica*, (a cura di) ALPA, PULITINI, RODOTA', ROMANI, Milano 1982, p. 276.

Capitolo primo

La sopravvenienza contrattuale

1. *La sopravvenienza contrattuale nella storia: dal principio pacta sunt servanda alla clausola rebus sic stantibus*

Il filo conduttore della presente indagine è sicuramente rappresentato dal concetto di «equilibrio del contratto». In base ad una impostazione molto diffusa e ricorrente, sia in Italia che in altri ordinamenti, il problema che sorge nelle ipotesi di sopravvenienza si basa sulla rottura dell'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni. Esso determina, infatti, un'anomalia nel funzionamento della corrispettività, impedendo la piena realizzazione del risultato economico-giuridico a cui il negozio giuridico è diretto⁶.

Il concetto non è certamente nuovo, infatti, già nel diritto romano classico le parti erano ritenute libere di fissare come meglio credevano il rapporto di equivalenza tra le prestazioni e laddove tale equilibrio venisse meno l'unico strumento volto a temperare l'assolutezza del vincolo giuridico in caso di mutamento delle circostanze era rappresentato dall'impossibilità della prestazione⁷.

In particolare, i giureconsulti romani erano giunti a formulare il principio in base al quale solo l'impossibilità ad adempiere, originaria o sopravvenuta, rappresentava un valido limite all'efficacia vincolante dei contratti: l'impossibilità originaria impediva il sorgere dell'obbligazione in base al noto principio *impossibilia nemo tenetur*; mentre l'impossibilità sopravvenuta, purché non imputabile al debitore, estingueva l'obbligazione impedendo il sorgere della responsabilità per inadempimento⁸.

I presupposti per la sua operatività erano, tuttavia, assai stringenti. Doveva trattarsi, infatti, di impossibilità oggettiva e assoluta poiché l'impossibilità relativa

⁶SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 185 che al riguardo discorre di "mancanza funzionale della causa".

⁷PUGLIESE-SITZIA-VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2012, p. 366.

⁸ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1978, p. 382, il quale osserva che nel diritto romano classico, il problema non si pone quando oggetto dell'obbligazione è la trasmissione di una somma di denaro o di una quantità di cose fungibili in quanto in tali ipotesi «nessun avvenimento può qui esser tale da rendere oggettivamente impossibile il pagamento». Il problema comincia a porsi per le obbligazioni di trasmettere la proprietà di cose determinate individualmente: «qui può verificarsi l'impossibilità oggettiva dell'adempimento se la cosa promessa cessa di esistere o è resa incommerciabile». Questa materiale impossibilità sopraggiunta (da distinguersi da quella iniziale in cui l'obbligazione non nasce) non rappresenta per sé una causa di liberazione del debitore: «la liberazione avviene soltanto quando per eum non stat quominus praestet, quando cioè il perimento della cosa non dipenda da fatto suo».

soltanto al debitore non estingueva l'obbligazione⁹. Non assumeva, cioè, rilevanza il fatto che per effetto di nuove circostanze la prestazione fosse divenuta più difficile o più onerosa o che fosse venuto meno l'interesse all'esecuzione del contratto: le obbligazioni dovevano essere adempiute fino al limite dell'impossibilità¹⁰.

A ben vedere, peraltro, anche nel diritto romano esistevano circostanze il cui cambiamento assumeva rilevanza sul piano giuridico: era prevista, infatti, la possibilità di revocare le donazioni tra coniugi in caso di divorzio, nonché, più in generale, in caso di sopravvenienza di prole; ed era riconosciuta al locatore la possibilità di ottenere la restituzione del bene in presenza di nuovi bisogni imprevisi al momento della conclusione del contratto¹¹.

Maggiori aperture provenivano dal mondo letterario e filosofico, ove si rinvenivano scritti che ammettevano la possibilità di disattendere una promessa in caso di mutamento delle circostanze¹².

Secondo Seneca, ad esempio, colui che aveva promesso assistenza legale poteva esimersi dall'impegno se veniva a scoprire che l'azione era intentata contro suo padre¹³. Anche Cicerone, nel suo *De Officiis*, affermava che l'avvocato che avesse promesso assistenza legale in una causa, poteva sottrarsi dall'impegno assunto se nel frattempo suo figlio veniva ad ammalarsi¹⁴.

Questi orientamenti di fonte letteraria erano destinati ad affermarsi nel corso dell'evo intermedio, grazie all'opera delle opinioni di S. Tommaso, di Aristotele e della canonistica, che diffusero le nuove idee di giustizia commutativa e del giusto prezzo della vendita volte ad assicurare in ogni circostanza il giusto equilibrio tra le prestazioni¹⁵.

In base a questa più ampia impostazione, il contratto doveva mirare a realizzare un giusto equilibrio degli interessi delle parti: i canonisti rifuggivano da ogni forma di

⁹BONFANTE, *Corso di diritto romano, Le obbligazioni (dalle lezioni)*, Rist. corretta dalle lezioni, BONFANTE-CRIFO` (a cura di), Milano, 1979, pp. 49-50 che discorre in proposito di «impossibilità oggettiva e universale».

¹⁰Si consideravano cause di esenzione da responsabilità la violenza dei briganti o pirati o eventi naturali come terremoti, tempeste, incendi non provocati e si parlava al riguardo di *vis maior* o *fortuitas casus*. In tal senso PUGLIESE-SITZIA-VACCA, *ibidem*, p. 366.

¹¹GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, p. 78

¹²OSTI, *La così detta clausola "rebus sic stantibus" nel suo sviluppo storico*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1912, p. 1 ss..

¹³SENECA, *De beneficiis*, lib. IV, cap. 34, cit. da ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1938, p. 311.

¹⁴CICERONE, *De officiis*, lib. I, cap. X, cit. da ANDREOLI, *ibidem*..

¹⁵GALLO, *op. cit.*, p. 79.

trasferimento ingiustificato della ricchezza ed era bandito lo stesso concetto di profitto. Di tal guisa il "giusto prezzo" poteva soltanto essere quello che copriva i costi della cosa unitamente ad un guadagno che consentisse uno stile di vita decoroso, il c.d. "nutrimento"¹⁶.

Sulla scorta di tali principi, i giuristi dell'età intermedia giungevano così all'elaborazione della *clausola rebus sic stantibus* che, nel diritto comune, indicava quel principio, pressoché sconosciuto al diritto romano, secondo cui i contratti di durata - caratterizzati dall'apprezzabile lasso temporale che intercorre tra il perfezionamento dell'accordo e l'esecuzione della prestazione - erano vincolati alla sopravvivenza dei medesimi presupposti di fatto che, conosciuti e valutati dalle parti, ne avevano determinato la stipulazione¹⁷.

Sebbene in un primo tempo la sfera di efficacia della clausola avesse avuto la più lata estensione, l'opinione prevalente ritiene che in un secondo tempo essa venne circoscritta ai soli contratti *qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro*, che con locuzione sintetica saranno successivamente chiamati "*contratti a lungo termine*" con esclusione quindi dei contratti *qui unico momento consumatur* (ovvero i c.d. contratti "*a scambio istantaneo*")¹⁸.

Nello stesso periodo vennero elaborati gli istituti della rescissione per lesione e della *reductio ad equitatem* in caso di mutamento delle circostanze¹⁹. Quanto al primo (rescissione per lesione) esso trovava applicazione in caso di lesione originaria che determinava uno squilibrio del sinallagma già dal momento della *stipulatio*; il secondo istituto (*reductio ad aequitatem*), invece, mirava a ristabilire l'equilibrio del sinallagma in caso di *laesio superveniens*²⁰.

In mancanza di studi specifici sulla *reductio ad aequitatem* medievale, non si conoscono, però, i casi nei quali si poteva effettivamente procedere a revisione del contratto: il pregio e al tempo stesso il limite della clausola *rebus sic stantibus*

¹⁶GALLO, *op. cit.*, p. 80.

¹⁷CASELLA, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, Torino, 2001, p. 1.

¹⁸OSTI, *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico*, *op. cit.*, p. 2.

¹⁹GALLO, *op. cit.*, p. 74.

²⁰GALLETTO, voce *Clausola rebus sic stantibus*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, Torino, 1988, p. 383 ss; ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, *op. cit.*, p. 313.

risiedeva, infatti, nell'eccessiva genericità e scarsa precisazione dei suoi effettivi presupposti²¹.

I pericoli che una simile concezione portava con sé erano evidenti: una introduzione generalizzata della clausola in esame avrebbe pregiudicato la certezza dei rapporti negoziali, rendendo ogni contratto risolvibile a fronte di un qualsiasi mutamento delle circostanze.

Il principio, pertanto, fu oggetto di un'intensa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che portò, nel corso dell'800 ad un suo necessario ridimensionamento attraverso l'individuazione degli eventi mutogeni dell'equilibrio contrattuale, ad essere utilizzato al solo scopo di dare giuridica rilevanza solo a determinati fatti verificatisi dopo la stipulazione del contratto (c.d. *principio della sopravvenienza*)²².

Nel nuovo assetto non vi era più spazio per eterointegrazioni del regolamento contrattuale: regnava sovrana la volontà delle parti, tanto che le due maggiori codificazioni di quel periodo, quella francese e quella tedesca, non recepirono la clausola²³.

In questa prospettiva, le circostanze sopravvenute potevano assumere rilevanza solo in via interpretativa, per il tramite di condizioni tacite che riconducevano comunque alla volontà delle parti la cessazione dell'efficacia vincolante del contratto in presenza di un mutamento della realtà.

²¹Questa genericità, secondo GALLO, *op. cit.*, p. 83 ss., appariva ancora nei *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* del 1756 e nell'*Allgemeines Landrecht* prussiano del 1794 che furono i primi codici europei a tentare di offrire una disciplina circa i presupposti di applicazione della clausola *rebus sic stantibus* senza peraltro riuscire nell'intento. In particolare il *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* prevedeva al § 12 del tit. IV, cap. 15 che: «*Poiché tutti i vincoli racchiudono tacitamente in sé la clausola rebus sic stantibus, essi diventeranno invalidi anche per il mutamento della cosa dedotta in obbligazione, ma solamente quando si verificano i seguenti tre presupposti: 1° che tale mutamento non abbia né mora né culpa aut facto debitoris; 2° che non fosse facile da prevedere; 3° che sia di tal natura che, se il debitore lo avesse saputo prima, secondo l'opinione disinteressata e onesta delle persone intelligenti, non avrebbe consentito ad obbligarsi; rimanendo tuttavia, pur in tali circostanze da valutare secondo l'apprezzamento giuridico, se l'obbligazione debba esser tolta di mezzo completamente o solo ridotta in proporzione dell'avvenuto mutamento*». Anche il codice prussiano, dal canto suo, non offriva maggiori spunti di riflessione, limitandosi a sancire che: «*Fuori del caso di una effettiva impossibilità l'adempimento di un contratto non può di regola essere rifiutato per mutamento delle circostanze. Tuttavia, se per un tale impreveduto mutamento è reso impossibile il raggiungimento dello scopo finale di ambo le parti, espressamente dichiarato o risultante dalla natura del negozio, può ciascuna di esse recedere dal negozio che non sia ancora stato adempiuto*».

²²In merito a tale evoluzione e alla affermazione delle tesi della responsabilità e dell'affidamento, v. FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Milano, XIV, 1909, p. 1 ss.; SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, *op. cit.*, p. 5 ss e 404 ss..

²³GALLO, *op. cit.*, p. 75.

La questione della sopravvenienza contrattuale venne drammaticamente riproposta solo a partire dal XX secolo con l'insorgere del primo conflitto mondiale, con il conseguente rapido deprezzamento monetario e la grave depressione economica che colpì gli Stati europei.

E' in questo periodo che i giuristi proposero una nuova inversione di tendenza, attraverso un temperamento delle opposte concezioni e un ritorno agli istituti della rescissione per lesione e alla teorica della clausola *rebus sic stantibus* al fine di assicurare una qualche forma di giustizia commutativa negli scambi.

Vedremo nel prosieguo quale sviluppo ebbe la clausola nei principali Paesi europei e nell'area del *common law*.

2. Le successive evoluzioni del concetto di sopravvenienza: l'esempio francese

Nella dottrina e giurisprudenza francese lo sviluppo della clausola *rebus sic stantibus* fu alquanto rigoroso poiché si mantenne saldo il principio secondo cui, salvo il limite costituito dalla *force majeure*, nessun altro evento sopravvenuto poteva essere idoneo a liberare il debitore dall'obbligo di adempiere²⁴.

Già partire dal XVIII secolo si assistette ad un progressivo abbandono della clausola *rebus sic stantibus* e ad un netto regresso dell'intera questione della sopravvenienza, tanto che di essa non si trova alcun riscontro nel *Code Napoléon* e nemmeno nella prassi pretoria.

L'unica situazione alla quale venne riconosciuta rilevanza fu l'impossibilità dovuta a forza maggiore, considerata un valido limite all'efficacia vincolante dei contratti. Fuori da questa ipotesi, la Corte francese negava ripetutamente ogni rilevanza al mutamento delle circostanze; in particolare, la responsabilità del debitore non era esclusa quando l'evento sopravvenuto rendesse l'obbligazione soltanto più difficile o anche gravemente onerosa senza però impedirne obiettivamente l'esecuzione²⁵.

Anche la dottrina dominante ripudiava ogni tentativo di ricercare nel contratto clausole che tacitamente subordinavano il permanere del vincolo obbligatorio alla

²⁴GALLO, *op. cit.*, p. 85.

²⁵ANDREOLI, *op. cit.* p. 313 ss. il quale richiama in proposito l'orientamento espresso da DEMOGUE, *Traité des Obligations en générale*, Vol. VI, Parigi, 1932, p. 573.

persistenza delle circostanze che avevano condotto le parti alla sua conclusione. Al contrario, si osservava che una simile clausola sarebbe stata contraria all'utilità economica del contratto poiché l'interesse delle parti nei vincoli c.d. a tratto successivo consiste proprio nel garantire quanto pattuito contro le eventualità posteriori fino al limite dell'impossibilità²⁶.

Si riscontrano così pronunce nelle quali, in applicazione dell'art. 1134 Cod. Nap. si escludeva la rilevanza delle circostanze sopravvenute. Si pensi al caso noto come «*affaire du Canal de Craponne*»²⁷ in cui in base ad un accordo concluso nel 1560 tra un'impresa che aveva scavato il canale e i proprietari rivieraschi, si era stabilito un canone per attingere l'acqua. Per tre secoli il canone non venne modificato finché, nel 1876, l'impresa agì in giudizio per ottenere la revisione del corrispettivo, ma la Corte di Cassazione francese, in questa circostanza, negò la richiesta osservando che il rifiuto di concedere la revisione del prezzo, non implicava necessariamente la prosecuzione forzata del rapporto contrattuale da parte dell'impresa, la quale avrebbe potuto liberarsi dal vincolo attraverso il semplice recesso dal contratto.

Anche in materia di contratto d'appalto, l'art. 1793 Cod. Nap. escludeva categoricamente ogni possibilità di revisione del corrispettivo, anche a seguito di aumento del costo del lavoro e delle materie prime. Ciò era probabilmente dovuto ad una concezione, tipica del secolo decimonono, secondo cui l'appaltatore non era altro che un commerciante e dunque come uno "speculatore", cui andavano attribuiti tutti i rischi dell'attività esercitata²⁸.

D'altra parte ammettere la possibilità per il giudice, a fronte di un evento sopravvenuto, di disporre la revisione del contratto attraverso l'applicazione della teoria dell'«imprevisione»²⁹, avrebbe significato sovvertire una delle pietre miliari

²⁶ANDREOLI, *op. cit.*, p. 315 che richiama l'orientamento espresso da PLANIOL-REPERT, *Traité de Droit Civil*, Parigi, 1926, Vol. 12, pp 419-420 secondo cui non sarebbe ammissibile l'idea di rintracciare nei contratti una clausola che tacitamente subordina la permanenza del vincolo alla persistenza delle circostanze presenti al tempo della stipulazione.

²⁷GALLO, *op. cit.*, p. 87 ss..

²⁸CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano 1979, pp. 8 ss..

²⁹La quale attribuisce al giudice il potere di tenere conto, nell'applicazione delle convenzioni, degli eventi inattesi sopravvenuti che alterano l'equilibrio iniziale dell'accordo. In tal senso ANDREOLI, *op. cit.* p. 315.

del diritto contrattuale, permettendo ai tribunali di limitare arbitrariamente la forza obbligatoria dei contratti³⁰.

Soltanto agli inizi del XX secolo, la situazione iniziò a modificarsi in particolare nel settore pubblicistico, in cui la giurisprudenza del Consiglio di Stato francese con una pronuncia del 30 marzo del 1916 applicò la teoria dell'«imprevisione» schierandosi in favore della revisione dei contratti stipulati col soggetto pubblico³¹.

Sulla scia della nuova tendenza, anche la giurisprudenza civile successiva tentò un avvicinamento rispetto all'orientamento fatto proprio dal Consiglio di Stato, avvalendosi di un'interpretazione estensiva del concetto di forza maggiore o ricorrendo di volta in volta ad istituti diversi, quali quello dell'errore, della buona fede, dell'abuso del diritto o dell'ingiustificato arricchimento³². Il nuovo orientamento finì per trovare applicazione in caso di promessa unilaterale di vendita di beni immobili al fine di dare rilevanza all'eventuale variazione di prezzo intervenuta *medio tempore* tra la promessa iniziale e la dichiarazione di volerne profittare da parte del promissario³³; anche in materia di locazione, l'orientamento consentì di dare rilevanza alla irrisorietà del corrispettivo dovuto a svalutazione monetaria e di liberare il locatore dall'obbligo di effettuare le riparazioni sull'immobile locato³⁴.

La situazione in Francia ha iniziato a modificare sebbene limitatamente a situazioni eccezionali attraverso interventi legislativi di natura temporanea, volti a fronteggiare fenomeni contingenti come lo scoppio della guerra. E' infatti a questo periodo che risale la Legge 21 gennaio 1918 (detta Legge Failliot) con la quale venne ammessa la possibilità di risolvere o di sospendere - ma non di modificare - i contratti commerciali stipulati nel periodo anteguerra. Onde consentire ai giudici di non aggravare la posizione debitoria nei contratti colpiti da stravolgimenti economici, vennero concesse varie provvidenze in materia di rivalutazione dei

³⁰LALOU, *La Révision des contracts par le juge en droit français*, in *Rapports Préparatoires à la Semaine Internationale de Droit*, Tours, 1937, p. 501, in ANDREOLI, *op. cit.* p. 315.

³¹GALLO, *op. cit.*, p. 90 ss. che richiama in proposito la controversia meglio nota come *Arrêt du Gaz de Boreaux*; ANDREOLI, *op. cit.*, p. 315 il quale rimanda per approfondimenti in ordine alla citata sentenza a JOSSERAND, *Cours de droit Civil Positif français*, Parigi, 1930, Vol. II, pp. 193 ss..

³²VOIRIN, *De l'imprévision*, Nancy, 1922, p. 303; PHILIPPE, *Changement de circonstance et bouleversement de l'economie contractuelle*, Bruxelles, 1986, p. 107 ss., in GALLO, *op. cit.*, p. 91.

³³LALOU, *op. cit.*, p. 50 ss. il quale riferisce che solo in un caso i tribunali sembrerebbero ammettere l'applicazione di detta teoria, ossia in tema di promesse unilaterali di vendite di immobili, in ANDREOLI, *op. cit.*, p. 315, nota 3..

³⁴GALLO, *op. cit.*, p. 91.

canoni di locazione di immobili, oppure in relazione alle donazioni, la possibilità di ottenere la liberazione o la revisione di eventuali oneri apposti nella disposizione stessa³⁵. Si era comunque ben lontani dalla generale aspirazione equitativa cui tendeva la citata teoria dell'*imprevisione* che, anticipando i tempi dell'attuale dibattito, trovava la sua giustificazione *de iure condendo* nel principio di «equilibrio contrattuale» e più precisamente nella nozione di «abuso del diritto» e, in ultima analisi, nel principio di buona fede³⁶.

2.1. Segue. *Il concetto di sopravvenienza in Germania, Svizzera, Austria e Polonia*

Come si è detto, solo nel XX secolo l'intera questione della sopravvenienza contrattuale tornò prepotentemente alla ribalta e ciò a causa degli effetti che scaturirono dai due conflitti mondiali che determinarono un vero e proprio sconvolgimento dell'economia globale, in particolare, nei Paesi coinvolti nel conflitto.

Il fenomeno del mutamento delle circostanze fu di grande evidenza in Germania, la Nazione forse più pesantemente segnata dalla guerra, in cui fiorirono numerosi studi legati alle sopravvenienze nelle relazioni contrattuali. Proprio la Germania fu il Paese nel quale fu maggiormente ammessa la possibilità di risolvere i contratti o di adeguarli al mutare delle circostanze³⁷.

Significativa al riguardo fu la lenta evoluzione del diritto germanico che conferì alla clausola una portata assai più estesa di quanto non lo fosse nell'anteguerra.

Sebbene non mancassero voci dottrinali tendenti a erigere la clausola a principio generale, la dottrina e la giurisprudenza dell'anteguerra, ripudiarono tale

³⁵STARK, *Droit civil, Les obligations*, Vol. II, *Contrat*, Paris, 1989, pp. 487 ss.; MALAURIE-AYNES, *Droit civil, Les obligations*, Paris, 1985, p. 281; GHESTIN, *Les obligations, Le contrat*, Paris, 1980, pp. 110 ss., in GALLO, *op. cit.*, p. 90.

³⁶In proposito la dottrina francese risalente ai primi anni del XX secolo affermava, infatti, che in materia contrattuale non era ammesso estendere il proprio diritto oltre i limiti tracciati dalla buona fede e dalla morale giuridica. In questo senso v. JOSSERAND, *op. cit.*, p. 194; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Parigi, 1927, p. 84 ss. in ANDREOLI, *op. cit.*, p. 316, nota 1.

³⁷Per l'analisi sull'evoluzione giurisprudenziale che ha condotto al riconoscimento del potere giudiziale di revisione del contratto in Germania, v. KEGEL, RUPP, ZWEIGERT, *Die Einwirkung des Krieges auf Verträge*, Berlino, 1941, in GALLO, *op. cit.*, p. 93-94.

concezione, ammettendo che la sua applicazione fosse riconducibile solo a talune disposizioni³⁸.

Dopo la conflagrazione europea, i disastrosi sconvolgimenti economici fecero emergere la radicale iniquità di mantenere obbligato il debitore in presenza di condizioni ambientali ed economiche totalmente diverse da quelle presenti in sede di stipulazione e ciò portò la dottrina tedesca, sorretta dalla giurisprudenza del *Reichsgericht* ad estendere l'applicazione della clausola oltre i confini in precedenza riconosciuti³⁹.

Benchè il BGB non prevedesse la possibilità di risolvere il contratto, se non nei casi di impossibilità naturale della prestazione, i giudici tedeschi elaborarono il concetto di «impossibilità economica» e lo equipararono al primo.

Le nuove tendenze pretorie aprirono la strada ad una nuova interpretazione del concetto di sopravvenienza, fondando questo non solo sulla clausola *rebus sic stantibus*, ma anche sui §§ 157 e 242 BGB, che sancivano il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto⁴⁰. Si concesse così al debitore di svincolarsi dalle obbligazioni precedentemente assunte mediante l'esperimento dell'eccezione di cui al paragrafo 242 del BGB, il quale stabilisce che "*il debitore è obbligato ad eseguire la prestazione come esigono la lealtà e la fiducia reciproca in correlazione agli usi ammessi negli affari*"⁴¹.

Tale primo orientamento non fu peraltro risolutivo poiché non dava adeguata risposta a quelle sopravvenienze che comportavano aggravamenti dell'obbligazione dovuti a svalutazione monetaria. In simili circostanze la dottrina teorizzò il principio di equivalenza delle reciproche prestazioni, da presumere nell'intenzione delle parti, riconoscendo al debitore il diritto di chiedere al creditore o la maggiorazione della controprestazione o, in caso di rifiuto, il diritto di recedere dal contratto⁴².

³⁸ ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, op. cit., p. 317.

³⁹ VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Vol. II, Monaco-Lipsia, 1914, pp. 202 ss., in ANDREOLI, op. cit., p. 317.

⁴⁰ GALLO, p. 96.

⁴¹ ANDREOLI, op. cit., p. 317; ENNECCERUS-LEHMANN, *Lehrbouch des bürgerlichen Rechts*, Marburg, 1932, p. 159, ove si precisa che questi principi trovarono applicazione dapprima nei contratti sinallagmatici e in particolare nei contratti di forniture e successivamente vennero estesi dalla giurisprudenza anche ad altre categorie contrattuali e agli atti unilaterali, in ANDREOLI, *ibidem*.

⁴² VOLKMAR, *La Révision des contracts par le juge en Allemagne*, in *Rapports Préparatoires à la Semaine Internationale de Droit*, Tours, 1937, pp. 19 ss., in ANDREOLI, op. cit., p. 318.

Da qui ad estendere il diritto di recesso a tutti i casi di mutamento sopravvenuto delle circostanze, il passo fu breve. Esso venne per lo più fondato non solo sulla tradizionale clausola *rebus sic stantibus*, ma altresì sulla più recente teoria della *presupposizione* e, più in generale, sul principio di buona fede nell'esecuzione del contratto che non consentiva di rivolgere al debitore delle domande esorbitanti⁴³.

L'ulteriore evoluzione dell'istituto del recesso per mutate circostanze traeva il suo fondamento nel venir meno della c.d. «base negoziale», ossia nella sopravvenuta mancanza di quelle rappresentazioni di cui le parti avevano tenuto conto in sede di perfezionamento dell'accordo⁴⁴.

I nuovi orientamenti dottrinali trovarono l'avvallo della giurisprudenza, la quale in senso ancor più ampio giunse ad ammettere un importante potere di intervento giudiziale sul contratto.

Si finì così per affermare che in caso di mutamento delle circostanze, occorresse in primo luogo accertare se fosse possibile mantenere in vita il rapporto, ancorchè con tutte le variazioni necessarie a ricondurlo ad equità e solo quando ciò non fosse possibile si poteva procedere all'applicazione del rimedio estremo della risoluzione⁴⁵.

Emblematica al riguardo fu una pronuncia risalente al 1920 in cui si statuí che i giudici potessero pronunciarsi non solo in merito alla domanda di risoluzione del contratto, ma anche con riguardo alla richiesta di revisione del corrispettivo, ove ciò fosse necessario a ricondurre ad equità il regolamento negoziale⁴⁶.

La pronuncia aveva ad oggetto una lite originata da un contratto d'affitto di un impianto industriale, in cui il titolare dello stabilimento si impegnavo a fornire oltre ai locali anche il vapore necessario al suo funzionamento. Dopo alcuni anni dalla stipulazione del contratto, il costo del carbone necessario alla produzione del vapore aumentò di dieci volte il canone d'affitto dello stabilimento e, a questo punto, il

⁴³ENNECCERUS-LEHMANN, *op. cit.*, p. 160, in ANDREOLI, *op. cit.*, p. 318; Per un'ampia rassegna della casistica della giurisprudenza tedesca nella revisione dei contratti v. VOLKMAR, *op. cit.*, pp. 21 ss., in ANDREOLI, *op. cit.*, p. 318.

⁴⁴Sulla nozione di *Geschäftsgrundlage* (base negoziale), v. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage, ein neuer Rechtsbegriff*, Berlino, 1921 secondo il quale costituisce *Geschäftsgrundlage* la comune rappresentazione delle parti circa le circostanze sulle quali è fondato il consenso come ad es. la fondamentale equivalenza tra le prestazioni nei contratti bilaterali, la approssimativa costanza dei prezzi concordati, la possibilità di rifornimento delle materie prime, in ANDREOLI, *op. cit.*, p. 319.

⁴⁵GALLO, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁶GALLO, *op. cit.*, p. 97.

proprietario chiese e ottenne dai giudici la revisione del corrispettivo. La Corte stabilì che non sarebbe stato conforme ad equità e buona fede continuare ad applicare il prezzo originariamente stabilito.

Peraltro bisogna osservare, che in base a tale pronuncia il potere di revisione era subordinato a tre condizioni: a) il persistente interesse delle parti alla prosecuzione del contratto; b) il mutamento delle circostanze era tale da rendere la prestazione completamente diversa sotto il profilo economico; c) la necessità di contemperare gli interessi di entrambe le parti.

Ad una soluzione più moderata di giunse in altra pronuncia coeva avente ad oggetto la vendita di titoli azionari di una società. Successivamente alla conclusione dell'accordo ma prima dell'esecuzione del contratto, si verificò un forte aumento dei costi che rese la prestazione eccessivamente onerosa per il debitore. Sulla scia degli orientamenti dottrinali sopracitati, i giudici riconobbero al debitore il potere di chiedere la revisione del corrispettivo e, in caso di rifiuto, il diritto di recedere dal contratto.

Il limite di tale concessione, tuttavia, risiedeva nel fatto che, da un lato, la parte non doveva fare proposte troppo elevate e che dall'altro, la controparte non doveva accettare proposte ragionevoli. In tale circostanza, la giurisprudenza giunse alla dirompente decisione per cui, in mancanza di accordo della parti, il giudice avrebbe dovuto fissare d'imperio il nuovo prezzo del contratto⁴⁷.

Si trattò, comunque, di una decisione isolata. Solo nei successivi sviluppi e, in particolare dopo il secondo conflitto bellico, la prassi tedesca giunse a riconoscere un generale potere di intervento giudiziale nel contratto, attraverso la fissazione d'imperio del nuovo prezzo individuato sulla base di valutazioni equitative⁴⁸.

Volgendo lo sguardo verso altri Paesi che potremmo definire appartenenti al "gruppo tedesco", un più ampio riconoscimento al tema della sopravvenienza si registrava nell'ordinamento svizzero in cui il codice federale ammetteva l'applicazione estensiva dell'art. 24, in tema di errore su elementi essenziali del contratto, anche quando a seguito della stipulazione detti elementi essenziali avessero subito un'alterazione intollerabile per una delle parti. In questi casi trovava applicazione estensiva il rimedio di cui all'art. 23 del codice federale delle

⁴⁷GALLO, *op. cit.* p. 99.

⁴⁸Per un'ampia disamina della casistica tedesca v. GALLO, *op. cit.*, p. 100, nota 74.

obbligazioni che stabiliva che «*il contratto non obbliga quella delle parti che al momento di concluderlo era incorsa in un errore essenziale*»⁴⁹.

Secondo l'orientamento dominante a quell'epoca, l'indirizzo trovava giustificazione nel principio di buona fede che costituiva il limite inderogabile alla regola tradizionale del *pacta sunt servanda*. Precisamente - si riteneva - sarebbe contrario a buona fede mantenere ferme le obbligazioni del debitore pur in presenza di mutate circostanze che abbiano reso la controprestazione del tutto irrisoria. In presenza di siffatti mutamenti i rimedi esperibili erano rappresentati dall'equo adeguamento del contratto alla nuova situazione ovvero dalla sua risoluzione⁵⁰.

Appartenente al medesimo filone era anche l'ordinamento austriaco, ove nei casi di mutamento delle circostanze si discorreva di sopravvenuta esorbitanza della prestazione, tale per cui la stessa non poteva più essere legittimamente richiesta al debitore. In tali ipotesi, il rimedio della risoluzione del contratto rappresentava nel diritto austriaco l'*extrema ratio* poiché poteva essere sufficiente intervenire nel contratto onde modificare il contenuto delle reciproche prestazioni e solo in caso di rifiuto ingiustificato da parte del creditore si poteva addivene ad una pronuncia di risoluzione per «impossibilità a pretendere»⁵¹.

Infine, anche l'ordinamento polacco aveva previsto all'art. 269 il rimedio della revisione giudiziale che trovava applicazione in presenza di un mutamento straordinario delle circostanze che comportasse difficoltà eccessive di esecuzione o perdite esorbitanti, di cui le parti non avrebbero potuto tener conto in sede di stipulazione. In presenza di siffatti mutamenti, al giudice polacco erano riconosciuti ampi poteri di iniziativa e di modifica del contenuto del contratto, sia con riguardo alle modalità di esecuzione della prestazione che in ordine al *quantum* della

⁴⁹ ANDREOLI, *op. cit.*, p. 320, nota 1.

⁵⁰ VON THUR, *Partie Générale du Code Fédérale des obligations*, traduz. TORRENTÈ-THILO, Losanna, 1933, Vol. II, p. 565, in ANDREOLI, *op. cit.*, p. 320 in cui l'Autore afferma che fanno eccezione i soli casi dei contratti aleatori ove le parti hanno assunto il rischio derivante dal mutamento delle circostanze. In questo senso si esprimevano anche i tribunali federali che giungevano a modificare il contratto, riducendo o aumentando le reciproche prestazioni al fine di ristabilire il giusto equilibrio alterato da eventi imprevisi e imprevedibili.

⁵¹ ANDREOLI, *op. cit.*, p. 322 ss..

medesima, potendo inoltre, come rimedio estremo, procedere alla sua rescissione con effetto retroattivo⁵².

2.2. Segue. *Il mutamento delle circostanze nei Paesi di common law*

Nel XIII secolo, in Inghilterra e in generale nei Paesi dell'area di *common law*, vigeva una disciplina sensibilmente divergente rispetto a quella presente negli altri ordinamenti europei. Il diritto inglese infatti non ha mai ammesso l'applicazione dei principi sui quali nel diritto continentale è fondata la nozione di caso fortuito o di forza maggiore ad essi sostituendosi la dottrina della «*frustration*» o impossibilità di esecuzione.

Fino alla metà del XIX secolo i giudici inglesi adottarono inizialmente un orientamento talmente restrittivo da escludere che persino l'impossibilità, originaria o sopravvenuta, potesse dare luogo a limitazione o esclusione di responsabilità del promittente⁵³.

In particolare nella prassi inglese vigeva l'inflessibile regola secondo cui il debitore che fosse venuto a trovarsi nella impossibilità fisica o commerciale di eseguire la prestazione per sopraggiunte circostanze imprevedute, rimaneva ciò nondimeno vincolato alla promessa: l'unico modo per andare esente da responsabilità era prevedere l'evento sopravvenuto in una clausola contrattuale.

Ciò in quanto si riteneva che il non aver espressamente previsto la circostanza sopravvenuta significava assunzione del rischio per la parte promittente la quale doveva ritenersi per ciò stesso responsabile dell'eventuale inadempimento.

Paradigmatica in proposito fu la decisione del caso *Paradine v. Jane* del 1647 relativa ad un contratto d'affitto di un terreno che venne successivamente occupato dalle truppe nemiche durante la guerra civile inglese. A seguito di tale occupazione l'affittuario Paradine smise di pagare il canone e il locatario Jane agì in giudizio per ottenere il pagamento. La lite si concluse con la paradossale pronuncia della Corte

⁵²ROMAN LONGCHAMPS DE BERIER, *La Révision des contrats par le juge dans le droit civil polonais*, in *Rapports Préparatoires à la Semaine Internationale de Droit*, Tours, 1937, p. 114 ss., in ANDREOLI, *op. cit.* p. 326.

⁵³Per un'ampia citazione bibliografica della dottrina inglese v. GALLO, *op. cit.*, p. 25 il quale tra gli altri cita DAVID-PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, Paris, 1985, p. 304; CHESHIRE-FIFOOT, *Law of Contract*, London, 1976, p. 544; ANSON, *Law of Contract*, Oxford, 1979, p. 1 ss.; TREITEL, *The Law of Contract*, London, 1983, p. 648.

inglese di accoglimento della domanda sul presupposto che «la semplice impossibilità di godere del fondo non poteva considerarsi una valida scusante»⁵⁴.

Al riguardo una parte della dottrina ha ritenuto che la decisione in commento trovasse la sua giustificazione nella circostanza che l'occupazione del fondo da parte di terzi di per sé non aveva reso impossibile l'obbligazione di pagamento del canone d'affitto, bensì solo quella di mettere a disposizione il fondo e garantirne il godimento; per cui, posto che nei Paesi di *common law*, gli obblighi di chi concede un bene in godimento si estinguono al momento della consegna, i giudici inglesi non potevano che accogliere la pretesa attorea diretta ad ottenere il pagamento dei canoni d'affitto⁵⁵.

A partire dalla seconda metà del XIX secolo, la situazione di intollerabile squilibrio derivante dall'applicazione di una regola così draconiana, portò la giurisprudenza inglese a introdurre una serie di temperamenti e correttivi al fine di risolvere il delicato problema, senza giungere comunque a soddisfare le aspettative dei ceti commerciali e industriali inglesi⁵⁶.

Un primo passo in questa direzione si registrò quando la Corte inglese fu chiamata a decidere la controversia meglio nota come *Taylor v. Caldwell* nel 1863⁵⁷. La lite ebbe origine a seguito della stipulazione di un contratto d'affitto di una sala di musica in cui avrebbe dovuto tenersi un concerto. Sei giorni prima della data fissata per l'evento, il locale andò distrutto a seguito di un incendio e lo spettacolo non poté avere luogo. Il conduttore, Mr. Taylor, agì in giudizio lamentando l'inadempimento dell'obbligo di consegna del locale da parte del locatario, Mr. Caldwell, ma i giudici inglesi ritennero quest'ultimo liberato dall'obbligo, poiché la mancata consegna era stata determinata da cause a lui non imputabili: attribuendo in tal modo rilevanza all'oggettiva impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Si trattò comunque di una decisione che rimase isolata, poiché di fatto per tutto il XIX secolo l'orientamento dominante era quello di assicurare l'assolutezza delle

⁵⁴HALL, *Law, Economy and the power of contract*, N.Y.- London, 1987, p. 52, in GALLO, *op. cit.*, p. 26.

⁵⁵GALLO, *op. cit.*, p. 26, secondo cui la decisione in esame presenterebbe delle analogie con l'istituto interno dell'usufrutto, ove il rischio del mancato godimento del bene grava sull'usufruttuario.

⁵⁶GUTTERIDGE, *La Révision des contract par le juge en droit anglais*, in *Rapports Préparatoires à la Semaine Internationale de Droit*, Tours, 1937, p. 40 ss., in ANDREOLI, *op. cit.*, p. 325 nota 3.

⁵⁷GALLO, *op. cit.*, p. 27.

obbligazioni contrattuali, con alcuni temperamenti discendenti dall'individuazione in via interpretativa di condizioni tacite riconducibili pur sempre alla volontà pattizia.

Solo a partire dai primi anni del XX secolo vennero introdotti altri correttivi. Si rinvennero così pronunce nelle quali si escludeva la responsabilità del debitore nei contratti aventi ad oggetto *corpi certi*, ove l'oggetto medesimo fosse andato distrutto; ovvero pronunce in cui si ammetteva l'inesecuzione in caso di mutamento delle circostanze, ove risultasse dal contenuto del contratto che di esse le parti avessero tenuto conto al tempo della stipulazione; ancora, nell'ipotesi di ritardo dovuto al verificarsi di una circostanza imprevista, le parti erano liberate dal vincolo qualora tale circostanza avesse ritardato la prestazione al punto tale da modificare completamente la natura della sua esecuzione.

Al di fuori di tali eccezioni in Inghilterra, così come nell'area di *common law*, era diffusa la convinzione che i contratti non cessavano di essere vincolanti neppure nei casi di impossibilità, originaria o sopravvenuta, ad adempiere; cosicché in caso di inadempimento determinato da circostanze sopravvenute e salvo diversa disposizione dei contraenti, la parte inadempiente era tenuta al risarcimento dei danni⁵⁸.

In base a questa impostazione anche la dottrina angloamericana, così come la giurisprudenza di quel periodo, affermava usualmente che «*poiché nessuno al momento della conclusione del contratto è per definizione certo di poter essere in grado di adempiere quando verrà il momento, la mancata previsione di esimenti o limitazioni implicherebbe l'automatica assunzione del rischio*»⁵⁹.

A ben vedere, peraltro, anche nell'ordinamento statunitense del XIX secolo erano diffuse ampie deroghe alla disciplina dell'assolutezza delle obbligazioni: si riteneva ad esempio che i casi di morte o di malattia sopravvenuta liberassero dal vincolo nelle obbligazioni infungibili; così pure le ipotesi di distruzione del bene oggetto di contratto dell'albergatore o di affitto di un terreno (*lease*); ovvero nei casi di compravendita di cose infungibili, o ancora nei casi di sopravvenuta illegalità del contratto⁶⁰.

Restavano fuori da queste eccezioni le vendite generiche, per il principio *genus numquam perit*, il contratto d'affitto (*lease*) in cui veniva tradizionalmente escluso

⁵⁸ GALLO, *op. cit.*, p. 28.

⁵⁹ In questo senso si esprime GALLO, *op. cit.*, p. 41, ove l'Autore richiama la pronuncia del giudice Holmes nella causa *Day v. United States*, 245 U.S. 159, 161 (1917).

⁶⁰ GALLO, pp. 41 e ss..

l'obbligo di garantire la fruibilità del bene, e il contratto d'appalto, con riferimento al quale si riteneva che il rischio del fortuito ricadesse comunque in capo all'appaltatore in ragione del dispregio che rivestiva socialmente la figura del commerciante visto come un mero speculatore.

Con riguardo al contratto d'appalto, tuttavia, tale regola valeva solo nelle ipotesi di costruzione *ex novo* di un intero edificio, mentre non trovava applicazione nei casi di lavori da effettuarsi su un edificio preesistente: cosicché nel caso di distruzione sopravvenuta dell'edificio medesimo, l'appaltatore doveva considerarsi liberato dall'obbligo di adempiere.

Le eccezioni al principio dell'assolutezza delle obbligazioni erano così ampie da far ritenere che essa assumesse un significato puramente declamatorio, in apparenza volto a rispettare in modo rigoroso la libera determinazione delle parti ma sostanzialmente teso a dare rilevanza anche alle circostanze idonee a stravolgere l'equilibrio tra le prestazioni.

In questa prospettiva la mancanza di clausole contrattuali valeva come accettazione e assunzione del rischio da parte del contraente. Il rispetto della volontà delle parti in questo periodo era talmente forte da far sì che le deroghe al principio *pacta sunt servanda* venissero giustificate facendo riferimento alla volontà delle parti desumibile da clausole contenute implicitamente nel contratto.

La condizione tacita non fu però l'unico strumento col quale si giustificarono le prime deroghe al principio in esame. In un altro *leading case* risalente alla fine del XIX secolo venne proposto un diverso fondamento della teoria della sopravvenienza rintracciabile nel venir meno del fondamento del contratto.

Si trattava del caso *Jackson v. Union Marine Insurance Co.* del 1873⁶¹ in cui il capitano di una nave assunse l'impegno di consegnare un carico di binari dall'Inghilterra fino a S. Francisco; prima di effettuare il carico la nave urtò contro una scogliera e il capitano dovette interrompere i traffici commerciali per sette mesi al termine dei quali rifiutò di effettuare la consegna, deducendo che il trasporto nei mesi autunnali sarebbe stato più costoso e avrebbe implicato maggiori pericoli di navigazione di quanto si potesse pensare al momento della conclusione del contratto. In questa ipotesi la Corte americana decise la controversia in favore del capitano

⁶¹GALLO, *op. cit.*, p. 49.

della nave, argomentando in base al sopravvenuto mutamento delle circostanze che aveva comportato un divaricamento tra il regolamento contrattuale e la nuova realtà di fatto.

Il crescere delle eccezioni alla regola tradizionale segnava la sua progressiva erosione finché, dopo lo scoppio della prima guerra mondiale, buona parte della dottrina angloamericana iniziò ad affermare il principio per cui «l'impossibilità sopravvenuta valesse ad escludere il sorgere della responsabilità da inadempimento del contratto»⁶².

Dopo aver esaminato l'evoluzione della clausola *rebus sic stantibus* sotto il profilo comparatistico, possiamo giungere ora ad esaminare l'evoluzione che la questione della sopravvenienza ebbe nel nostro diritto positivo, non senza tracciare, sulla base dell'esame finora condotto, una fondamentale bipartizione tra i Paesi latini, come la Francia, nei quali permane il principio di intangibilità del contratto a fronte di ogni sopravvenuta difficoltà che non sia tale da rendere impossibile la prestazione; e i Paesi germanici che ammettono in notevole misura la revisione giudiziale ancorata alla nozione di buona fede nella stipulazione ed esecuzione dei contratti. *Tertium genus* rispetto alle due precedenti categorie, risulterebbe l'ordinamento angloamericano in cui salvo i temperamenti proposti dalla dottrina della «*frustration*», trovava applicazione la regola della "assunzione del rischio" per cui il promittente restava obbligato salvo che il contratto non avesse previsto l'eventualità che aveva reso l'esecuzione impossibile.

3. *L'evoluzione del concetto di sopravvenienza in Italia*

In Italia, al pari di quanto è avvenuto negli altri Paesi europei nell'evo intermedio, ha trovato applicazione la teorica della clausola *rebus sic stantibus*, che ha subito un netto regresso a partire dal XIX secolo.

Il nostro codice del 1865, al pari di quello francese, era incentrato sul pieno rispetto della volontà e sul principio *pacta sunt servanda*. In questa prospettiva, solo l'oggettiva impossibilità sopravvenuta ad adempiere rappresentava un valido limite all'efficacia vincolante dei contratti.

⁶²WILLISTON, *The law of contracts*, N.Y., 1938, Vol. VI, § 1931, p. 5407; ID., *On Contracts*, a cura di JAEGER, Rochester, N.Y., 1978, vol. 18, § 1931, in GALLO, *op. cit.*, p. 55.

A partire dalla fine del XIX secolo iniziò a registrarsi un'inversione di tendenza e un rinnovato interesse verso la clausola *rebus sic stantibus* che si intensificò come detto, in occasione del primo conflitto mondiale, il cui scoppio finì col rappresentare un evento sopravvenuto destinato ad incidere nell'esecuzione dei vari contratti, pur non comportando necessariamente un'impossibilità assoluta della prestazione⁶³.

Prima dell'entrata in vigore del codice civile vigente, la dottrina affrontando il tema della sopravvenienza, ricollegava la problematica al terreno dei contratti "ad esecuzione differita", poiché se è vero che il problema si faceva più evidente in relazione ai contratti "a tratto successivo" e "a lungo termine", esso poteva porsi più ampiamente in relazione a tutti i contratti nei quali tra il momento della stipulazione e quello dell'esecuzione intercorresse un certo lasso temporale⁶⁴.

All'uopo ci si domandava cosa accadesse nell'ipotesi in cui il mutamento dello *stato-ambiente* non fosse stato espressamente previsto dalle parti e contenuto in una precisa clausola risolutiva o sospensiva. Le dottrine che si sono avvicendate in questo periodo, tutte dirette a ricercare un fondamento positivo alla clausola *rebus sic stantibus*, furono molteplici e raggruppabili in due diverse configurazioni teoriche della sopravvenienza, ricollegate alla *volontà* e *all'equità* negoziale.

Nella prima direzione si assestava quell'orientamento secondo cui il fondamento della clausola doveva essere colto nella volontà in senso soggettivo: il promittente, in tanto vuole, in quanto abbia la certezza della corrispondenza tra attuale prefigurazione e futura realtà; cosicché se per un fatto sopravvenuto, la realtà viene a mutare, la volontà del soggetto doveva ritenersi viziata da errore⁶⁵: il promittente, si argomentava, cade sicuramente in errore quando basa la sua determinazione di volontà su circostanze che nella realtà non si verificheranno⁶⁶.

La tesi veniva criticata da chi osservava che l'errore sull'entità economica delle prestazioni non sarebbe altro che un errore che cade sui motivi che inducono ciascun contraente a stipulare il contratto e pertanto, anche volendo ricondurre tale falsa rappresentazione alla teoria dell'errore, si tratterebbe in ogni caso di *errore sui motivi*

⁶³ ASCOLI, *La guerra come causa di forza maggiore*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1916, p. 240; COGLIOLO, *La guerra e i contratti commerciali*, in *Dir. Comm.*, I, 1914, p. 575.

⁶⁴ ANDREOLI, *op. cit.*, p. 326.

⁶⁵ GIOVENE, *Impossibilità della prestazione e la "sopravvenienza" (la dottrina della clausola rebus sic stantibus)*, Padova, 1941, p. 105 ss..

⁶⁶ GIOVENE, *Sul fondamento specifico dell'istituto della sopravvenienza*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, I, p. 155 ss..

per ciò stesso irrilevanti in omaggio alla tutela dell'affidamento dei terzi e alla sicurezza dei traffici giuridici⁶⁷.

Nell'ambito di tale primo orientamento, si attestava anche la c.d. teoria della *presupposizione*, istituto elaborato dalla pandettistica tedesca, intesa come modalità non sviluppata del negozio ovvero come situazione di fatto che le parti, pur non facendone espressa menzione, hanno ritenuto pacifica e determinante in sede di conclusione del contratto⁶⁸.

Le critiche mosse a tale orientamento evidenziavano le notevoli incertezze sulla sicurezza dei traffici che l'applicazione della teoria avrebbe comportato, a fronte di indagini psicologiche assai ardue che rischiavano di dar adito a supposizioni in realtà inesistenti⁶⁹.

La previsione di una presupposizione tacita, in particolare, avrebbe posto in grave pericolo la certezza del diritto, la sicurezza delle contrattazioni e la fiducia nella vita degli affari, autorizzando l'arbitrio del giudice a sostituirsi alla volontà delle parti. In secondo luogo, avrebbero dato giuridica rilevanza ai motivi interni e particolari di ciascun contraente fino a confondere e far scomparire i confini tra causa e motivi⁷⁰.

Si osservava, infatti, che i motivi, altrimenti giuridicamente irrilevanti, verrebbero assunti come elementi essenziali e causali del negozio se si ammettesse la rilevanza della presupposizione *non dichiarata* ma soltanto percepibile alla controparte⁷¹.

⁶⁷ANDREOLI, *op. cit.*, p. 347.

⁶⁸WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, traduz. e note di FADDA-BENSA, Torino, 1930, I, p. 322, secondo cui «la presupposizione è una condizione non isvolta, una limitazione della volontà che non si è svolta fino ad essere una condizione». In base a tale impostazione, secondo il fautore della teoria, la volontà si muove in una certa direzione in quanto supportata da una precisa convinzione sull'esistenza o sul verificarsi di determinati fattori influenti sulla decisione: venuto meno il fatto presupposto, la volontà non può più dirsi attuale. Nell'ordinamento tedesco la teoria della presupposizione fu oggetto di un'attenta revisione da parte di OERTMANN che parlò al riguardo di *Geschäftsgrundlage*, per cui il fenomeno della sopravvenienza venne ricollegato al venir meno della cosiddetta *base negoziale* o *fondamento del contratto* che assumeva rilevanza quando le rappresentazioni mentali fossero comuni ad entrambi i contraenti. Al riguardo v. BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952, p. 18 ss..

⁶⁹SERIO, voce *Presupposizione*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civile, Torino, 1996, p. 295; BESSONE, D'ANGELO, voce *Presupposizione*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 332.

⁷⁰WINDSCHEID, *op. cit.*, traduz. e note di FADDA-BENSA, p. 574 ss.; SEGRE', *Alcune osservazioni sulla teoria della presupposizione nei riguardi del diritto romano e del diritto moderno*, in *Scritti giuridici*, Cortona, 1930, p. 358 ss..

⁷¹ANDREOLI, *op. cit.*, p. 336 il quale giunge a considerare fondate le tenaci opposizioni di LENEL, *La letteratura civilistica tedesca degli ultimi anni*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1924, p. 473 ss., secondo il quale se il motivo è elevato a condizione, diventa condizione, in caso opposto rimane semplice motivo anche quando sia reso noto alla controparte; ma tra condizione e motivo non vi sarebbe spazio per

Altro orientamento che ha tentato di fornire una giustificazione positiva alla operatività della clausola *rebus sic stantibus* nel nostro ordinamento è stata quella che fece ricorso al criterio della c.d. *equivalenza* delle prestazioni contrattuali⁷². Secondo questo indirizzo, nei contratti a lungo termine è insito l'elemento della corrispettività, consistente in una rispondenza proporzionale tra le varie prestazioni, richiesta non solo al momento della stipulazione ma anche nel corso dell'esecuzione del contratto e consistente nella somma di utilità e vantaggi morali ed economici che ciascuna parte si aspetta di trarre dal contratto.

Ebbene, tale orientamento venne criticato principalmente per la pretesa equivalenza tra le prestazioni contrattuali, laddove si osservava che le parti sarebbero arbitre di stabilire nei contratti a titolo oneroso quelle proporzioni quantitative che più si convengono ai loro interessi⁷³.

Tanto più che nei contratti in cui l'esecuzione si protrae nel tempo, l'assenza di una clausola espressa che tenga conto di un'eventuale sproporzione futura tra le prestazioni, indicherebbe piuttosto che le parti lo hanno fatto a ragion veduta. Più nel dettaglio si è argomentato che, se si considera quali sono i presupposti economici dello scambio del quale i contratti onerosi rappresentano il mezzo giuridico di attuazione, deve rilevarsi che ognuna delle parti si determina ad esso unicamente perché attribuisce alla cosa o al servizio che si obbliga a dare (prestazione), una utilità o costo minore dell'utilità o costo della cosa o del servizio che avrà diritto di ricevere (controprestazione)⁷⁴.

Altra tesi per certi versi affine alla precedente è quella che ha rinvenuto il fondamento della sopravvenienza in un generale principio di *equità* che permeerebbe il nostro ordinamento, esigendo l'osservanza di un certo equilibrio economico tra le prestazioni⁷⁵. Ma gli stessi sostenitori di tale dottrina, peraltro, riconoscono tutte le difficoltà che una tale teoria incontra sul piano pratico, non essendo rinvenibili i limiti entro i quali può dirsi che vi sia squilibrio o sproporzionato vantaggio di uno dei contraenti a scapito dell'altro. Nè tali ostacoli potrebbero superarsi attraverso

quella categoria intermedia data dalla presupposizione.

⁷²BARSANTI, *Ancora sulla risolubilità dei contratti a lungo termine per il successivo mutamento dello stato di fatto*, in *Foro it.*, I, 1901, p. 737 ss..

⁷³ANDREOLI, *op. cit.*, p. 339.

⁷⁴OSILIA, *La sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1924, p. 313 ss..

⁷⁵RAMELLA, *La funzione dell'equità nel campo dell'esecuzione dei contratti*, in *Dir. comm.*, I, 1922, p. 65 ss..

valutazioni rimesse all'organo giudicante, le cui decisioni potrebbero giungere a risultati diversi in relazione a situazioni analoghe e viceversa, portando indeterminatezza in una materia che necessita invece di direttive sicure⁷⁶.

Infine, altra teoria diffusa nel periodo precedente l'emanazione del nuovo Codice, era quella denominata dell'*alea prevedibile*⁷⁷. Secondo tale impostazione, la volontà dei contraenti non può estendersi a fatti imprevisi e imprevedibili, tanto che essi sono da ritenersi vincolati solo agli obblighi che rientrano nell'*alea prevedibile*, con esclusione di quei rischi eccezionali ed imprevedibili che renderebbero eccessivamente onerosa la posizione contrattuale di una parte ad indebito vantaggio dell'altra.

Anche tale orientamento, tuttavia, non superava il vaglio della critica tutta concentrata sulla eccessiva indeterminatezza del concetto di *alea prevedibile*, che appariva estremamente relativo, indefinito e suscettibile delle più disparate interpretazioni, non essendovi alcun parametro obiettivo in base a cui individuare i confini tra area prevedibile ed imprevedibile⁷⁸. D'altra parte, si osservava, che i concetti di previsione e di prevedibilità dovevano necessariamente essere preceduti da una fase intellettuale che si esprimeva nella esternazione del voluto: il vincolo contrattuale verrebbe così saldato da ciò che si è voluto e si è manifestato di volere⁷⁹.

3.1. *L'entrata in vigore del Codice del 1942 e l'introduzione del rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*

La varietà delle teorie dottrinali precedentemente richiamate mostra come il tema della sopravvenienza fosse particolarmente vivo e dibattuto nel periodo post bellico e conferma l'impossibilità in quel periodo di trovare *de iure condito* una qualche base positiva all'istituto della sopravvenienza.

La giurisprudenza d'altro canto, nonostante alcune timide aperture, manteneva un orientamento restrittivo affermando il principio per cui soltanto l'impossibilità

⁷⁶ ANDREOLI, *op. cit.*, p. 358.

⁷⁷ Pur con le opportune distinzioni, appartengono a tale orientamento SEGRE', *op. cit.*, p. 358 ; DUSI, *Sulla clausola rebus sic stantibus*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1915, p. 148 ss.; MANARA, *Sulla clausola rebus sic stantibus nei contratti continuativi di fornitura*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1916, p. 46 ss..

⁷⁸ ANDREOLI, *op. cit.* p. 353.

⁷⁹ BIAMONTI, *I concetti di previsione e di prevedibilità nella interpretazione e revisione dei contratti d'appalto di lavori pubblici*, in *Foro it.*, I, 1917, p. 1018 ss..

oggettiva, assoluta e inimputabile al debitore potesse esonerare dal vincolo obbligatorio.

Soltanto con l'entrata in vigore del Codice del 1942, il legislatore ha offerto una prima, per quanto non esaustiva, regolamentazione della materia, attribuendo rilevanza all'ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta, disciplinata dall'art. 1467 cod. civ..

I primi commenti all'entrata in vigore del codice, sostenevano che attraverso tale disposizione il legislatore avesse inteso sancire la definitiva consacrazione del principio generale della implicita soggezione dei contratti commutativi alla clausola *rebus sic stantibus*⁸⁰.

Si trattava, peraltro, di opinioni estremamente nette che non trovavano riscontro positivo.

La disciplina introdotta dal legislatore del '42, infatti, mostra una certa cautela nel delineare un istituto che per la sua portata innovativa avrebbe potuto incrinare la tradizionale concezione dell'intangibilità del regolamento contrattuale sintetizzata dall'antico brocardo *pacta sunt servanda*.

La previsione di un rimedio contro quei fattori di grave squilibrio non prevedibili al momento della stipulazione, minando il principio di vincolatività delle obbligazioni nascenti dal contratto, incideva negativamente sulla sicurezza e stabilità dei rapporti negoziali.

Né si poteva giungere a risultati diversi avallando l'orientamento secondo cui il legislatore avrebbe introdotto uno strumento di applicazione generale consistente nella possibilità di modificare equamente le condizioni del contratto nei casi di eccessiva onerosità sopravvenuta. La tesi traeva le sue argomentazioni dal fatto che il legislatore aveva previsto innumerevoli eccezioni alla regola tradizionale tanto da far pensare che il rimedio manutentivo fosse la regola, mentre la possibilità di risoluzione soltanto un'eccezione⁸¹.

A ben vedere, il rimedio previsto in linea generale per tutti i contratti è stato ed è pur sempre quello della risoluzione del contratto e, probabilmente ciò è dovuto al fatto

⁸⁰CASELLA, *op. cit.*, p. 2.

⁸¹GALLO, *op. cit.*, p. 105 che al riguardo esemplifica con riferimento al contratto d'appalto (art. 1664 cod. civ.), al contratto con obbligazioni di una sola parte (art. 1468 cod. civ.), al contratto d'affitto (art. 1623 cod. civ.), al contratto di assicurazione (art. 1897, 1898 cod. civ.), alla clausola penale (art. 1384 cod. civ.) e così via.

che la scelta opposta sarebbe stata troppo audace in un sistema tradizionale improntato sulla intangibilità del regolamento negoziale.

3.2. *I presupposti di applicazione del rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*

Con l'entrata in vigore del Codice del 1942, il legislatore ha offerto una prima per quanto non esaustiva regolamentazione della materia delle sopravvenienze, regolando l'ipotesi dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, disciplinata dall'art. 1467 cod. civ., nell'ambito della sezione dedicata alla risoluzione del contratto.

La norma prevede che *«nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto»*.

Tale previsione normativa rappresentava una novità rispetto al codice previgente, il quale accanto alle tradizionali cause di scioglimento del contratto (risoluzione e impossibilità sopravvenuta), non contemplava alcuna norma che sancisse il rimedio della *reductio ad equitatem* a fronte di sopravvenienze in grado di alterare eccessivamente la posizione debitoria.

Occorre chiarire, a questo punto, quali sono i presupposti e i limiti dell'operatività di tale rimedio.

In primis si osserva che, la norma in esame prevede, nei contratti a *prestazioni corrispettive*, la possibilità di esperire, in via alternativa, due rimedi a fronte del venir meno dell'equilibrio tra le prestazioni: 1) la risoluzione del contratto; 2) l'offerta del contraente obbligato di modificare equamente le condizioni del contratto.

Al pari dell'inadempimento e della impossibilità sopravvenuta, la disposizione introduce un'ipotesi di *difetto funzionale della causa*⁸². Presupposto per l'applicazione di tale rimedio è l'esistenza di uno squilibrio tra le prestazioni tale da determinare un'anomalia nel funzionamento della corrispettività, impedendo la realizzazione dell'interesse economico-giuridico perseguito dai contraenti.

Sul punto occorre chiarire il concetto di "sinallagmaticità" e quello di "equilibrio".

In primis si osserva che nei contratti a prestazioni corrispettive, le obbligazioni poste a carico dei contraenti sono legate tra loro da un *nesso di reciprocità* in base al quale ciascuna di esse è assoggettata alla medesima sorte. Per cui, in caso di invalidità o impossibilità originaria di una sola delle prestazioni dedotte in contratto, questo sarebbe invalido per difetto del *sinallagma genetico*; mentre qualora una delle obbligazioni non venisse adempiuta o divenisse impossibile nel corso dell'esecuzione del contratto, non sarebbe più esigibile la controprestazione e il vincolo verrebbe sciolto per difetto del sinallagma funzionale⁸³.

Affinché si possa determinare uno squilibrio funzionale del sinallagma è necessario che gli eventi sopravvenuti vadano ad incidere su una situazione negoziale *in fieri*, il che si verifica solo nei contratti in cui vi sia una certa *distantia temporis* tra il momento della stipulazione e quello della sua esecuzione.

Questi contratti vengono genericamente definiti "di durata", per contrapporli ai contratti a scambio istantaneo e si distinguono in contratti a prestazione continuata, (in cui la prestazione è unitaria ma l'esecuzione è protratta ininterrottamente nel tempo); periodica (per cui si avranno una pluralità di prestazioni ripetute nel tempo);

⁸²SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, op. cit., p. 186;

⁸³CASELLA, op. cit., p. 30 e 54. La qualificazione dell'eccessiva onerosità come vizio funzionale della causa può non assumere solo rilevanza teorica, ma può rivestire anche importanza pratica. Si pensi alla causa affrontata da Cass., 27 maggio 1981, n. 3474, in *Giust. Civ.*, 1982, p. 228 avente ad oggetto la domanda di risoluzione di un contratto stipulato da un ente pubblico per la fornitura di carburante. L'amministrazione convenuta si oppose alla domanda sostenendo che la richiesta di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, afferendo non all'esecuzione ma alla validità del contratto, non sarebbe rientrata nei limiti della clausola compromissoria prevista dal Capitolato d'onori che deferiva al Collegio arbitrale la definizione delle contestazioni che potevano sorgere sull'interpretazione ed esecuzione del contratto. La Corte definì la lite rigettando la censura e affermando la competenza del Collegio arbitrale a conoscere la questione e ciò in quanto la domanda di risoluzione per eccessiva onerosità doveva essere qualificata come controversia *sull'esecuzione* poiché l'azione di risoluzione – a differenza delle azioni di nullità e annullabilità che presuppongono una fattispecie contrattuale incompleta o viziata – consegue ad un difetto di funzionamento del contratto (c.d. sinallagma funzionale).

ovvero differita (in cui la prestazione unitaria viene eseguita in un tempo successivo alla sua determinazione)⁸⁴.

Viene in rilievo, a questo punto, l'esigenza di chiarire il concetto di equilibrio tra le prestazioni da cui si fa dipendere l'operatività della norma in esame.

All'uopo si osserva che in dottrina non si registra uniformità di vedute. Occorre distinguere, in particolare, due filoni dottrinali riconducibili alla teoria dell'*attuabilità* e a quella dell'*equilibrio*⁸⁵.

In base alla prima impostazione il criterio di valutazione dell'eccessiva onerosità è interno alla prestazione: occorre cioè tener presente il rapporto tra il valore della prestazione originariamente pattuita con quello esistente al momento della sua attuazione, esulando da qualsiasi considerazione circa il rapporto con la controprestazione⁸⁶.

L'indirizzo peraltro non può essere accolto se si considera che l'eccessiva onerosità della prestazione può derivare non solo da un aggravamento del sacrificio del debitore, ma anche dallo svilimento della controprestazione⁸⁷. Si osserva al riguardo che il mancato ricevimento di un corrispettivo adeguato si traduce in un eccessivo costo della prestazione dovuta⁸⁸.

Di tale avviso sono i sostenitori della teoria dell'*equilibrio* i quali muovendo dalla *ratio* di conservazione dell'originaria proporzione tra le prestazioni, ritengono

⁸⁴Come noto, sono contratti ad esecuzione continuata, ad esempio, i contratti di lavoro subordinato, di locazione o di affitto; mentre rientrano nei contratti a prestazione periodica i contratti di somministrazione di farmaci negli ospedali, che avendo ad oggetto una serie ripetuta di prestazioni, rientrano in tale categoria. Sono contratti ad esecuzione differita, ad esempio, i contratti sottoposti a termine o sospensivamente condizionati. In ordine al contratto d'appalto, l'art. 1677 cod. civ. stabilisce che qualora il contratto abbia ad oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi, devono applicarsi le norme dettate per l'appalto di opere e quelle in materia di somministrazione. La distinzione è tracciata da CASELLA, *op. cit.*, p. 60.

⁸⁵La distinzione è operata da CASELLA, *op. cit.*, p. 20 alla cui più esauriente rassegna dottrinale in questa sede si rimanda.

⁸⁶GAMBINO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1960, p. 420 ss., secondo cui la misura dell'onerosità andrebbe valutata sulla base di un fattore estraneo alle due prestazioni, quale è appunto la "moneta" che rappresenta un'unità di misura idonea ad indicare il mutato valore della prestazione.

⁸⁷Si pensi ad esempio al fenomeno inflattivo che rappresenta la causa più frequente di svilimento della controprestazione e che può dipendere da un aumento di valore del bene oggetto di scambio, dovuto ad aumento della domanda di mercato o dal fatto che il bene diviene più raro e dunque meno facilmente reperibile in commercio. In questi casi diminuisce il potere d'acquisto della moneta con conseguente svilimento della controprestazione pecuniaria.

⁸⁸Parla al riguardo di "aggravio virtuale" MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1946, p. 504.

applicabile la disciplina dell'eccessiva onerosità a tutti i casi di sopravvenuto squilibrio del sinallagma contrattuale.

Vari sono poi gli orientamenti che, nell'ambito di tale indirizzo, definiscono la nozione di equilibrio tra le prestazioni. In particolare occorre richiamare la tesi secondo la quale l'equilibrio deve essere inteso in senso oggettivo prendendo come parametro di riferimento il valore monetario della prestazione e della controprestazione al momento della stipulazione⁸⁹.

Questa tesi è criticata da chi sostiene, invece, che l'equilibrio dovrebbe essere misurato in senso soggettivo avendo riguardo al rapporto di reciproca convenienza voluto dalle parti e che potrebbe esulare da valutazioni prettamente economiche⁹⁰.

Secondo altro indirizzo, infine, occorre assumere come parametro di riferimento l'economia generale del contratto, nozione che comprende non solo il rapporto di equivalenza tra le prestazioni, ma anche le condizioni economiche personali del debitore il quale, pur in presenza di immutato rapporto di valori scambiati, si potrebbe trovare gravato da una prestazione sproporzionata rispetto alle sue potenzialità economiche⁹¹.

Si lascia a chi legge la scelta su quale sia l'orientamento preferibile, potendo in questa sede limitarci ad osservare che l'adozione di un parametro ampio di valutazione dell'equilibrio contrattuale, se può da un lato risultare deficitario sotto il profilo della certezza del diritto, dall'altro assegna all'interprete il compito di rintracciare caso per caso il vero equilibrio specifico di ogni singolo rapporto contrattuale.

V'è da dire che il nostro legislatore, proprio per fugare ogni dubbio sulle possibili incertezze che una formula ampia avrebbe potuto sollevare, sembra aver preferito un criterio oggettivo, basato sul mero rialzo dei costi della prestazione, lasciando aperto il problema del venir meno dell'equilibrio in caso di sproporzione slegata da parametri obiettivi.

Sul punto occorrerà soffermarci nel prosieguo, dovendo ora muovere qualche osservazione generale sui tratti caratterizzanti gli istituti della impossibilità e della

⁸⁹BUFFA, *Di alcuni principi interpretativi in materia di risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Riv. Dir. Comm.*, II, 1948, p. 54.

⁹⁰BOSELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, Torino, 1952, p. 148.

⁹¹DE MARTINI, *Eccessiva onerosità nell'esecuzione della prestazione, diminuita utilità della controprestazione e principio di corrispettività nella dinamica del contratto*, in *Giur. Compl. Corte Cass.*, I, 3, 1951, p. 683.

eccessiva onerosità sopravvenuta. Le due nozioni infatti sono andate nel tempo avvicinandosi per cui si rende opportuna una loro delimitazione onde evitare sovrapposizioni di disciplina.

3.3. *Impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenuta: tratti distintivi*

Il concetto di impossibilità sopravvenuta ha assunto nelle sue note evolutive un significato che, per gran parte degli interpreti, consiste in un sopravvenuto impedimento che rende *inesigibile* la prestazione dovuta⁹². Secondo autorevole dottrina, infatti, l'impossibilità può consistere anche in un sopravvenuto ostacolo superiore allo sforzo diligente richiesto al debitore⁹³.

In ciò l'impossibilità assoluta della prestazione assume delle colorazioni che la avvicinano al fenomeno dell'aggravio del sacrificio riconducibile alla diversa figura dell'eccessiva onerosità sopravvenuta in quanto entrambi gli istituti si devono rapportare al comune concetto di difficoltà della prestazione.

Pare allora doveroso soffermarsi preliminarmente sui tratti differenziali delle due figure giuridiche onde evitare confusioni fuorvianti. Al riguardo si osserva che una parte della dottrina, proprio in ragione della vicinanza che si è venuta delineando tra i due fenomeni, ha ritenuto che il dettato di cui all'art. 1218 cod. civ. che esclude la responsabilità del debitore per caso fortuito o forza maggiore, dovrebbe essere interpretato in combinato disposto con la norma di cui all'art. 1467 cod. civ., ragion per cui sarebbe consentito al debitore di liberarsi dal vincolo eccependo sia l'impossibilità assoluta di adempiere, sia l'eccessiva onerosità sopravvenuta⁹⁴.

Preferibile risulta tuttavia l'opinione di chi ritiene che le due norme debbano essere tenute su piani differenti: l'impossibilità sopravvenuta mirerebbe a tutelare il

⁹²In ciò essa si distinguerebbe dalla tradizionale concezione di oggettiva e assoluta impossibilità della prestazione. In questo senso v. ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e "Frustration of contract"*, in *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 1973, p. 1249-1250.

⁹³BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, Milano, 1994, p. 386 il quale osserva che l'eccessiva onerosità non va confusa con l'impossibilità sopravvenuta la quale può dipendere anche da un eccessivo sacrificio economico del debitore, ma solo se si tratta di un sacrificio che supera lo sforzo diligente dovuto in quanto del tutto anormale rispetto al risultato dovuto. Per spiegare l'assunto fa riferimento al caso in cui lo sciopero del personale marittimo rende impossibile il trasporto del carbone, pur se ipoteticamente esso possa essere trasportato mediante aerei, rilevando in tale ipotesi l'anormalità della prestazione rispetto alla natura e al valore del bene stesso.

⁹⁴COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore. Problemi generali*, Milano, 1955, p. 130 ss..

debitore che si trova in difficoltà materiali di esecuzione, mentre l'eccessiva onerosità soccorrerebbe il debitore la cui prestazione risulti sproporzionata sotto il profilo economico⁹⁵

Da ciò si ricava che, mentre l'impossibilità si riferisce alla soglia di diligenza dovuta dal debitore, l'eccessiva onerosità si desume dal superamento della soglia dell'*alea* normale del contratto.

Ciò che risulta chiaro in linea teorica, potrebbe non risultare però così netto sul piano pratico. Si registrano infatti numerosi casi in cui un analogo avvenimento, straordinario e imprevedibile, come lo scoppio di una guerra o la chiusura di un canale che impedisca una determinata rotta, può determinare la richiesta di risoluzione del contratto per impossibilità o eccessiva onerosità sopravvenuta.

Alla luce di quanto esposto dovremo ritenere che, se la circostanza sopravvenuta è tale da imporre al debitore una condotta che supera i limiti della diligenza richiesta dalla natura dell'affare, atteso che il risultato può essere realizzato solo con l'impiego di mezzi anormali, il contratto dovrà ritenersi risolubile per impossibilità sopravvenuta *ex art.* 1463 cod. civ.; mentre, il contratto potrà essere risolto per eccessiva onerosità sopravvenuta, se il fatto sopravvenuto si limita a turbare l'equilibrio del sinallagma, aumentando o diminuendo in misura sproporzionata il valore della prestazione dovuta⁹⁶.

4. I limiti all'operatività del rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta

Come si è avuto modo di osservare, il nostro legislatore, nella consapevolezza dei limiti che la genericità della nozione di eccessiva onerosità sopravvenuta era destinata ad incontrare, ha preferito optare per una scelta chiara e rigorosa ancorata al criterio del mero rialzo dei costi della prestazione dedotta in contratto.

Anche questa scelta, pur rappresentando un valido tentativo di selezionare nell'ampio *genus* di circostanze quelle che possono dare luogo a revisione del

⁹⁵REDENTI, *Sulla nozione di "eccessiva onerosità"*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1959, p. 347; L'impossibilità sopravvenuta può essere data anche da un eccessivo sacrificio economico del debitore, ma solo se si tratti di un sacrificio il normale sforzo diligente dovuto in base alla natura della prestazione. In questo senso v. anche BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, *op. cit.*, p. 386.

⁹⁶Si pensi al caso di aumento del costo del gasolio determinato dalla crisi petrolifera, intervenuto a seguito dell'assunzione dell'obbligo di consegna da parte del venditore. L'esempio è riportato da CASELLA, *op. cit.*, p. 16-17.

contratto, presenta comunque il difetto di non riuscire a considerare tutte le varie ipotesi che possono determinare un squilibrio del sinallagma⁹⁷.

Vi sono infatti numerosi casi in cui può porsi un problema di mutamento delle circostanze, pur in mancanza di un incremento dei costi⁹⁸.

Si pensi a quelle circostanze esterne che incidono sul contratto anche se non espressamente previste dalle parti - la c.d. *presupposizione* - che privano il contraente, in tutto o in parte, dell'utilità che si riproponeva di trarre dalla conclusione del medesimo. In questi casi, salvo che il venir meno del fatto presupposto non determini l'assoluta impossibilità di eseguire la prestazione, le parti potrebbero conservare un interesse al mantenimento del vincolo obbligatorio pur con gli opportuni adattamenti.

Ma può porsi un analogo problema di scollamento tra il regolamento contrattuale e la realtà dei fatti anche in presenza di circostanze non sopravvenute, ma sussistenti al tempo della stipulazione, anche se non conosciute dai contraenti: si discorre in questi casi di *errore di previsione* delle parti che a rigore non dovrebbe dare luogo all'applicazione del rimedio dell'annullabilità per vizio del consenso, nè a quello della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, poiché l'ipotesi non è contemplata *stricto sensu* da nessuna disposizione.

In queste ipotesi, il pur sussistente squilibrio tra le prestazioni non consentirebbe l'applicazione di alcun rimedio, men che meno di quello manutentivo di cui all'art. 1467 cod. civ., fondato sulla sussistenza di uno squilibrio puramente economico tra le prestazioni; anzi in questi casi dietro la minaccia di un'azione risolutoria, il promittente si troverebbe costretto ad adempiere, ancorché a costi invariati, pur sapendo di aver diritto ad una controprestazione divenuta ormai del tutto inutile.

Altro limite che si incontra nell'esaminare la disciplina sull'eccessiva onerosità è dato dalla circostanza che mentre il rimedio della risoluzione di cui all'art. 1467 cod. civ. è esperibile indifferentemente dal contraente onerato o da quello avvantaggiato dalla sopravvenienza (sebbene quest'ultimo non abbia interesse a domandare la risoluzione), l'offerta di riduzione ad equità dei termini dell'accordo è proponibile solo dalla parte che trae profitto dalla medesima, cosicché il rimedio risulta vincolato

⁹⁷CASELLA, *op. cit.*, p. 53, secondo il quale il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppato attorno alla questione della *laesio superveniens*, ha trovato nuova linfa dopo la formulazione degli articoli 1467-1469 cod. civ.. Il filone dottrinario impegnato a definire la portata, i limiti e i confini del nuovo (e incerto) istituto e la giurisprudenza elaborando una complessa casistica a tutela del contraente onerato.

⁹⁸GALLO, *op. cit.*, p. 161.

unicamente alla sua scelta, non potendo la parte onerata pretendere la modifica dei termini dell'accordo e così la salvezza del contratto.

Trattasi infatti di un diritto potestativo di modifica unilaterale del contratto che può essere esercitato dal convenuto nel corso dello svolgimento della controversia giudiziaria, per evitare lo scioglimento del vincolo negoziale⁹⁹. In tal modo, la procedura viene guidata e sorvegliata dall'organo giurisdizionale cui appartiene la verifica di congruità dell'offerta, con la facoltà di imporne l'accettazione alla controparte che la rifiuti senza giustificato motivo¹⁰⁰.

La scelta del legislatore ci appare tuttavia poco attenta alle esigenze di tutela della posizione debitoria, posto che è presumibilmente colui che deve eseguire la prestazione che appresta i mezzi necessari per adempiere e che investe tempo e denaro finalizzato alla corretta esecuzione della prestazione; ed è sempre quest'ultimo che ha maggior interesse al mantenimento del vincolo obbligatorio, posto che il suo scioglimento comporta la vanificazione degli sforzi e dei capitali investiti che potrebbero non essere utilizzabili in via alternativa.

Il rimedio manutentivo, dunque, circoscritto nella sua operatività nei ristretti casi di squilibrio economico tra le prestazioni, risulta ancor più limitato dal fatto che può essere esperito solo dalla parte avvantaggiata dalla sopravvenienza. In assenza di una sua iniziativa in tal senso, l'unico rimedio esperibile resta quello della risoluzione del contratto.

Altro limite all'esercizio della domanda di risoluzione o dell'offerta di revisione prevista dall'art. 1467 cod. civ., è dato dal superamento dell'*alea normale* del contratto. Trattasi di concetto diverso da quello che definisce ed individua i contratti aleatori, in cui il rischio, inteso come incertezza dell'esistenza e dell'entità della prestazione, incide sulla causa del contratto stesso.

In tutti i contratti infatti esiste un margine di rischio che varia in base al tipo di contratto e che non è definibile a priori sulla base di criteri astratti. Vi sono, ad esempio, contratti in cui il margine di rischio è superiore, come l'appalto, il trasporto e la somministrazione che risentono più direttamente della influenza esercitata dalle

⁹⁹CASELLA, *op. cit.*, p. 217.

¹⁰⁰In tal modo si esplica la tutela legale dell'interesse alla sopravvivenza del rapporto ma solo con riguardo alla parte avvantaggiata dalla sopravvenienza, la quale ha solo una facoltà e non un obbligo di proporre l'adeguamento. In tal senso GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. Impr.*, 2003, p. 709

condizioni di mercato.

Ma il tipo contrattuale non è l'unico parametro per individuare l'*alea normale*, essendo altresì necessario indagare il contenuto del programma negoziale per accertare se le parti abbiano previsto la sopravvenienza di quello specifico evento e abbiano accollato il rischio relativo al suo verificarsi ad una di esse¹⁰¹. Qualora il rischio di un evento, ancorché straordinario e imprevedibile, sia stato previsto dai contraenti, le norme sulla risoluzione e revisione saranno inapplicabili alla parte nei cui confronti si è risolto l'evento medesimo¹⁰².

Si osserva, al riguardo, che i criteri dell'*alea normale* del contratto e dell'eccessiva onerosità sono da tenere distinti: il primo, infatti, si riferisce ad aspetti *qualitativi* tendenti ad accertare in base al tipo di contratto se è stata superata l'*alea normale*, mentre il secondo attiene ad aspetti *quantitativi* che incidono sull'entità della prestazione¹⁰³.

Va osservato che la distinzione viene a sfumare sul piano pratico laddove si consideri che nella prassi giurisprudenziale i due concetti si saldano, nel senso che la normalità dell'*alea* si compendia con la prevedibilità dell'evento sopravvenuto¹⁰⁴.

Esaminati in linea generale i limiti di operatività dell'istituto dell'eccessiva onerosità, occorre ora prendere in esame alcune specifiche ipotesi non contemplate dalla normativa in esame, pur nella consapevolezza che tali circostanze non esauriscono l'infinita gamma di sopravvenienze che possono manifestarsi nel corso dell'esecuzione dei contratti di durata.

¹⁰¹SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, VASSALLI (diretto da), Torino, 1975, p. 988-989.

¹⁰²Si parla in questi casi di estensione convenzionale dell'*alea normale* del contratto che comporta l'attribuzione ad un contraente dei rischi che in base al dettato normativo dovrebbero essere assunti dall'altra parte. Così ad esempio l'appaltatore può assumere convenzionalmente il rischio del verificarsi di quelle difficoltà di esecuzione che in base all'art. 1664 cod. civ., gli darebbero titolo a richiedere la revisione del contratto.

¹⁰³CASELLA, *op. cit.*, p. 161; *contra* BRACCIANTI, *Gli effetti dell'eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti*, Milano, 1946, p. 71; PINO, *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952, p. 70 secondo i quali il giudizio da condurre in base all'art. 1467, comma 2, sarebbe pleonastico in quanto l'eccessiva onerosità è intrinseca al superamento dell'*alea normale* cosicché l'onerosità diviene eccessiva in tutti i casi di superamento dell'*alea normale*.

¹⁰⁴Troviamo così frequentemente affermato che l'*alea normale* di un contratto «comprende anche le oscillazioni di valore delle prestazioni originate dalle prevedibili fluttuazioni del mercato». Così Cass., 25 marzo 1987, n. 2904, *Rep. Foro. it.*, 1987, *Contratto in generale*, n. 460. *Contra* Cass. 4 agosto 1988, n. 4825, in *Foro it.*, 1989, I, c. 415 ove, in materia di contratti di borsa, richiama la distinzione qualitativa e quantitativa dei criteri di cui all'art. 1467 cod. civ., affermando che una prestazione eccessivamente onerosa in linea astratta può non esserlo in concreto perché l'onerosità è ricompresa nell'*alea normale* del contratto, cioè implicita nell'assetto di interessi voluto dalle parti.

4.1. Segue. *Il mutamento delle circostanze: la presupposizione*

Come si è detto, le circostanze esterne che pur non espressamente sancite dalle parti incidono sul contratto possono costituire un'ipotesi di sopravvenienza che in passato avrebbe dato luogo all'applicazione della clausola *rebus sic stantibus*.

L'attuale disciplina codicistica ha previsto come rimedio generale rispetto ai casi di sopravvenienza, l'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta *ex art. 1467 cod. civ.*, con ciò circoscrivendo l'area delle circostanze giuridicamente rilevanti sulla base di un criterio puramente economico, legato al mero rialzo dei costi.

Se però la teorica della clausola *rebus sic stantibus* peccava per eccesso, ovvero per essere estremamente onnicomprensiva, la disciplina dettata dal legislatore italiano del '42, sembrerebbe peccare per difetto, ovvero per essere oltre modo settoriale¹⁰⁵.

La delimitazione della nozione di sopravvenienza tracciata dal legislatore, infatti, induce a ritenere che essa possa comprendere al suo interno solo le ipotesi di presupposizione c.d. generica, cioè riferita alle condizioni di vita o di mercato¹⁰⁶, mentre resterebbero esclusi i presupposti legati a circostanze specifiche di cui le parti potrebbero comunque aver tenuto conto in sede di stipulazione.

In ordine a tale problematica non si ravvisa uniformità di vedute in dottrina e in giurisprudenza. Secondo un consistente filone dottrinario, la presupposizione non avrebbe valore precettivo nel nostro ordinamento. In particolare, occorre distinguere tra coloro che associano la presupposizione ad una condizione inespressa nel contratto e coloro che la riconducono ad un mero motivo, rimasto estraneo alla causa del contratto e per ciò stesso irrilevante.

Con riguardo al primo filone, si osserva che la condizione, in quanto elemento accidentale del negozio, rappresenta l'evento futuro e incerto dal quale si fa dipendere la nascita o la risoluzione di efficacia del negozio laddove la presupposizione attiene invece a fatti passati o contemporanei. Inoltre, gli eventi dedotti in condizione devono formare oggetto di apposita pattuizione, mentre la presupposizione riguarda fatti che pur implicitamente considerati dalle parti, non sono richiamati espressamente nel

¹⁰⁵GALLO, *op. cit.*, p. 276.

¹⁰⁶BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 1987, p. 436.

contratto: la mancata previsione comporta secondo questa dottrina, la radicale irrilevanza dei fatti medesimi¹⁰⁷.

Al contrario, il filone dottrinario che associa la presupposizione ai motivi, invece, osserva che gli stessi sono giuridicamente irrilevanti se afferiscono alla sfera psichica del soggetto (c.d. motivi individuali), mentre laddove gli stessi entrino a far parte dell'economia dell'affare, divenendo comuni ai contraenti, essi si elevano a *causa* del contratto¹⁰⁸.

Sul punto, pare opportuno evidenziare che l'evoluzione del concetto di causa da "funzione economico-sociale" a "funzione economico-individuale" o "causa in concreto" ha inciso sull'istituto della presupposizione accorciandone le distanze¹⁰⁹.

Infatti, mentre in passato la causa era considerata la funzione economico-sociale del negozio e la presupposizione rappresentava la sua ragione concreta, oggi entrambe attengono al concreto programma negoziale perseguito dai contraenti; più precisamente se si guarda alla funzione pratica che le parti hanno inteso realizzare col contratto, devono allora rilevare anche i motivi qualora questi non siano rimasti nella sfera interna del contraente venendo ad integrare la causa in concreto perseguita dalle parti¹¹⁰.

Corollario di tale impostazione è che la presupposizione, integrando la causa in concreto, comporta l'applicazione del rimedio della *nullità per difetto di causa*, nell'ipotesi in cui i presupposti manchino al momento della stipulazione, quello della *risoluzione*, nei casi di venir meno dei presupposti in un momento successivo¹¹¹.

¹⁰⁷FALZEA, *La condizione e gli elementi del fatto giuridico*, Milano, 1941, p. 162 secondo il quale la differenza tra presupposizione e condizione è solo teorica e, talvolta, evanescente fino a scomparire. In senso più rigoroso BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, p. 513 che considera tale costruzione come anfibia ed equivoca, che conferisce rilevanza al motivo individuale minando la certezza dei traffici giuridici. In senso analogo anche SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, op. cit., p. 194 secondo cui la presupposizione rappresenta una modalità non sviluppata e come tale è irrilevante, come un semplice motivo individuale.

¹⁰⁸SANTORO PASSARELLI, op. cit., p. 194; PELLICANO, *La presupposizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 1636 ss..

¹⁰⁹BATTISTONI, *La causa dei contratti e la presupposizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1929, p. 137 il quale considera il *presuppositum* come un duplicato della causa che permette di conferirle maggiore elasticità attraverso l'inclusione nel contratto di circostanze che *stricto iure* potevano dirsi motivi più che causa.

¹¹⁰BIANCA, *Il contratto*, op. cit., p. 434.

¹¹¹A tale soluzione pervengono Cass., 24 marzo 1998, n. 3083, in *Giur. it.*, 1999, p. 512; Cass., 5 gennaio 1995, n. 191, in *Rep. Foro. it.*, 1995, *Contratto in genere*, n. 309; Cass., 11 agosto 1990, n. 8200, in *Rep. Giur. it.*, voce cit., n. 321; Cass., 17 maggio 1976, n. 1738, *ivi*, 1976, voce cit., n. 281.

Tale soluzione risulta eccessivo in quanto priverebbe le parti di ogni possibilità di mantenere in vita il contratto qualora sussista un interesse residuo al suo mantenimento¹¹².

Infine altri Autori, hanno rintracciato il fondamento della presupposizione nell'ambito della disciplina dei vizi del consenso, superando il dogma della tassatività delle fattispecie di errore essenziale di cui all'art. 1429 cod. civ.¹¹³. Altri ancora parlano di rilevanza del *motivo comune erroneo*, traendone il fondamento nelle norme in tema di motivo comune illecito (art. 1345 cod. civ.)¹¹⁴.

Maggiore uniformità di vedute si attesta sul versante giurisprudenziale, ove la figura della presupposizione è stata accolta fin dalla vigenza del vecchio Codice senza particolari problemi e utilizzata per risolvere le controversie derivanti dalle alterazioni dell'equilibrio contrattuale a fronte di eventi sopravvenuti¹¹⁵.

All'indomani dell'entrata in vigore del Codice del 1942, la giurisprudenza fece applicazione di una nozione di presupposizione in chiave soggettivistica, intesa cioè come "base negoziale" sulla scia del concetto di *Geschäftsgrundlage* sviluppato dalla pandettistica tedesca. L'orientamento di impostazione volontaristica risolveva il problema della presupposizione attraverso l'indagine ermeneutica circa l'effettiva volontà delle parti, in relazione alla situazione di fatto o di diritto da queste presupposta¹¹⁶.

Più di recente la prassi pretoria si è attestata nel senso di configurare la presupposizione come una condizione inespressa, precisando che la figura ricorre quando «una determinata situazione di fatto o di diritto (passata, presente o futura) possa ritenersi tenuta presente dai contraenti nella formazione del loro consenso – pur

¹¹²CASELLA, *op. cit.*, p. 8

¹¹³MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 1958, p. 102.

¹¹⁴PIETROBON, *Presupposizione*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, p. 5 ss.

¹¹⁵Al riguardo è interessante osservare che la Corte di Cassazione ha ammesso per la prima volta la figura della presupposizione con la sentenza Cass. 15 febbraio 1932, n. 531, in *Giust. Civ.*, 1998, II, p. 14, nota 36 in cui sanciva che la «Presupposizione è quella circostanza od evento che, sebbene non svolto, costituisce pur sempre parte o elemento del contenuto volitivo, circoscrivendone l'efficacia. Diversa cosa è il motivo intimo che si adduce per spiegare come la volontà si sia potuta inizialmente determinare in un senso piuttosto che in un altro. La ricerca del motivo intimo non è influente, quando esso sia rimasto nella sfera intima dell'autore della dichiarazione di volontà, senza tradursi in un apparente e concreto contenuto volitivo, noto come tale alla parte cui la dichiarazione era diretta» in.

¹¹⁶Cass., 17 ottobre 1947, n. 1149, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1947, II, p. 354 con nota di DE MARTINI.

in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali – come presupposto condizionante il negozio»¹¹⁷.

Troviamo così pronunce aventi ad oggetto il contratto di permuta di due aree edificabili, una delle quali successivamente destinata a verde pubblico, o quella relativa ad un contratto di compravendita di un terreno edificabile che ha poi perso tale caratteristica a seguito di una modifica del piano regolatore urbanistico, ovvero ancora quella inerente un contratto di locazione di un locale ad uso commerciale, seguito dal venir meno della licenza di commercio¹¹⁸.

Gli sforzi giurisprudenziali si sono spinti al punto di individuare i presupposti di applicazione dell'istituto riassumibili nei seguenti punti: a) il presupposto deve essere comune ad entrambi i contraenti (al fine di non dare rilevanza ai motivi individuali); b) il presupposto deve essere obiettivo, cioè il suo verificarsi deve essere del tutto indipendente dalla attività o volontà delle parti; c) il presupposto deve essere stato assunto come certo dalle parti, in quanto il dubbio sulla sua sussistenza varrebbe come assunzione del rischio (in ciò la presupposizione differirebbe dalla condizione)¹¹⁹.

Sulla base della definizione così delineata dell'istituto, la giurisprudenza suole distinguere tra i casi in cui il presupposto manchi fin dall'origine (c.d. *falsa supposizione*) da cui discende la nullità del contratto per difetto originario della causa e l'ipotesi in cui il presupposto condizionante il consenso venga meno in un momento successivo, trovando applicazione in tal caso il rimedio della risoluzione *ex art. 1467 cod. civ.*¹²⁰.

¹¹⁷In tal senso Cass. 28 gennaio 1995, n. 1040, in *Rep. Foro it.*, 1996, *Contratto in generale*, n. 299; Cass., 9 novembre 1994, n. 9304, in *Rep. Foro it.*, 1994, *Contratto in genere*, n. 329. In dottrina v. CANTELMO, *La presupposizione nella giurisprudenza italiana*, Milano, 1969, p. 36; SINESIO, *Presupposizione, causa e buona fede nella vicenda dell'edificabilità dei suoli*, in *Foro it.*, I, 1977, c. 2340, 2342.

¹¹⁸Cass., 17 maggio 1976, n. 1738, in *Foro it.*, 1977, I, c. 2340; Cass., 22 ottobre 1981, n. 5168, in *Foro it.*, 1982, I, c. 104; Trib. Pavia, 24 febbraio 1973, in *Giur. merito*, 1974, I, p. 20.

¹¹⁹Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Contratto in genere*, n. 437.

¹²⁰La tesi è sostenuta da Cass. 28 gennaio 1995, n. 1040, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce cit., n. 299; Cass., 5 gennaio 1995, n. 191, in *Rep. Foro it.*, 1995, *Contratto in genere*, n. 309; Cass., 28 agosto 1993, n. 9125, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1601 e da un più risalente filone giurisprudenziale che trae le sue origini da Cass. 1 luglio 1947, n. 1619, in *Riv. Dir. Comm.*, 1948, II, p. 163 con nota di SACCO, *La presupposizione e l'art. 1467 c.c.* L'orientamento giurisprudenziale, spinto dalla necessità di fondare la presupposizione su una base positiva, viene aspramente criticato da GENTILI, *Presupposizione, eccessiva onerosità sopravvenuta e sopravvenienza*, in *Giur. it.*, I, 1, 1983, p. 1738 il quale rileva la totale inconciliabilità dei due istituti: in primo luogo l'articolo in esame fa riferimento ad avvenimenti straordinari e imprevedibili, non rilevabili con riguardo alla presupposizione che attiene, invece a circostanze prevedibili e non necessariamente eccezionali; inoltre, l'oggetto della presupposizione può essere passato presente o futuro, mentre la causa dell'eccessiva onerosità va rintracciata

Più di recente in ambito pretorio si è registrato un orientamento più restrittivo volto a riconoscere alla figura della presupposizione un autonomo rilievo solo laddove se ne individui uno specifico significato che valga a distinguerla dagli elementi essenziali e accidentali del contratto.

Secondo tale indirizzo, la nozione di presupposizione non comprenderebbe i presupposti causali che condizionano la realizzazione della causa del contratto e sono altresì estranei al concetto di presupposizione i risultati dovuti che attengono invece all'inadempimento della prestazione¹²¹.

A tale stregua deve escludersi che possano ricondursi ad essa fatti e circostanze ascrivibili alla causa in concreto, quale interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare¹²². Sono altresì esclusi i c.d. risultati dovuti come ad esempio la qualità del bene (edificabilità del terreno), giacché in tal caso essi vengono a rientrare nel contenuto del contratto e il loro difetto ridonda sul piano dell'inadempimento¹²³.

In questa ottica i fatti presupposti si identificano, dunque, in quelle circostanze estranee alla causa e al contenuto delle prestazioni, comuni ad entrambe le parti o di cui una parte riconosca l'importanza che assume per l'altra, che devono essere oggettivi, certi e imprescindibili e la cui mancanza giustifica il venir meno del vincolo.

Quale che sia l'orientamento preferibile, resta da capire quale sia il rimedio esperibile in presenza di un mutamento della realtà dovuto al venir meno o al verificarsi del fatto presupposto.

Accogliendo l'orientamento giurisprudenziale che ancora l'istituto al rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, sembrerebbe in questa sede potersi concludere che, in applicazione dell'art. 1467 cod. civ., la risoluzione del contratto per il venir meno del fatto presupposto possa essere evitata dalla parte contro cui è domandata attraverso la proposta di un'equa modifica delle condizioni contrattuali, sempre che non sia configurabile un'assoluta impossibilità di eseguire la prestazione.

necessariamente nel futuro. Infine, il rimedio codicistico è applicabile solo in relazione a determinate categorie contrattuali (contratti ad esecuzione continuata, differita o periodica), laddove la presupposizione è applicabile a tutte le categorie contrattuali, ivi compresi i contratti ad esecuzione istantanea. In senso analogo v. CASELLA, *op. cit.*, p. 13.

¹²¹Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, *op. cit.*, voce cit., n. 437.

¹²²Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Contratto in genere*, n. 438.

¹²³Cass. 19 marzo 1981, n. 1635, in *Rep. Foro it.*, 1981, *Contratto in genere*, n. 342.

Argomentare diversamente e cioè declinare tale possibilità, porrebbe il problema di stabilire, in assenza di una puntuale previsione normativa, se e quando possa riconoscersi l'applicazione dello strumento della revisione contrattuale nell'ipotesi in esame e quale sia il suo eventuale fondamento normativo.

Secondo una più recente e accreditata dottrina, che si avrà modo di approfondire nella successiva analisi, sarebbe possibile superare l'*empasse* attraverso l'applicazione della clausola generale della buona fede alla *fase di attuazione* del rapporto obbligatorio¹²⁴.

In tal modo si potrebbe condurre in termini obiettivi il controllo di compatibilità tra circostanze e adempimento attraverso l'applicazione di un criterio che tenga conto della ripartizione dei rischi voluta dalle parti e desumibile dall'economia del contratto¹²⁵.

Tale operazione legittimerebbe l'intervento del giudice diretto ad integrare il regolamento contrattuale in presenza di lacune, dirimendo così i conflitti sorti tra le parti in conformità alla regola generale che impone ai contraenti di comportarsi con lealtà e correttezza¹²⁶.

4.2. Segue. *Il mutamento delle circostanze: l'errore di previsione*

Altra ipotesi nella quale può porsi un problema di mutamento delle circostanze, pur in mancanza di un aumento dei costi riguarda il caso di errore delle parti su un elemento essenziale della prestazione che sia però mutato nel corso dell'esecuzione del contratto.

Come sappiamo, il nostro ordinamento ammette ampiamente la possibilità di impugnare i contratti per errore, che sia essenziale e riconoscibile (art. 1428 cod. civ.),

¹²⁴BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969; BESSONE, D'ANGELO, *Presupposizione*, op. cit., p. 341; ROPPO, *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di "presupposizione"*, nota a Cass., 17 settembre 1970, n. 1512, in *Giur. it.*, I, 1, 1972, p. 211; ID., *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e "Frustration of contract"*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1973, p. 1239; ID., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, JUDICA-ZATTI (a cura di), Milano, 2001, p. 1041.

¹²⁵BESSONE, D'ANGELO, op. cit., p. 343 che testualmente afferma che tale criterio consiste nella «valutazione di congruità delle circostanze occorse rispetto all'equilibrio del contratto e quindi nella individuazione di un piano di ripartizione dei rischi a quelle circostanze connessi che sia coerente con l'economia del rapporto».

¹²⁶Un'approfondita analisi del principio di correttezza è condotta da CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato*, RESCIGNO (diretto da), 9, Torino, 1987, p. 42 ss..

purché cada sulla natura del contratto, sull'oggetto della prestazione, su una qualità rilevante o sulla persona del contraente (art. 1429 cod. civ.).

L'istituto sembrerebbe esulare totalmente dall'ambito della nostra indagine, in quanto l'errore, per definizione, si riferisce ai casi in cui il contratto nasce viziato fin dall'origine e che possono dare luogo ad annullamento per vizio del volere.

Infatti, nell'errore lo scollamento tra la realtà e il regolamento negoziale non dipende da una modificazione sopravvenuta delle circostanze, ma da una erronea valutazione della realtà fatta dalle parti al momento della stipulazione.

Il due istituti, dell'errore e della sopravvenienza, appaiono tuttavia affini sul piano pratico: vi è chi non ravvede alcuna differenza nella circostanza che durante l'esecuzione del contratto la prestazione sia risultata più difficile in conseguenza di un mutamento delle circostanze oppure per effetto di una erronea valutazione fatta fin dalle origini delle parti circa la reale difficoltà dei lavori da effettuare¹²⁷.

Un altro orientamento, al riguardo, sostiene invece l'assoluta irrilevanza dell'errore di previsione, osservando che mentre l'errore si riferisce a situazioni già esistenti al tempo della conclusione dell'accordo, le sopravvenienze attengono ad eventi successivi¹²⁸.

Per quanto chiara sul piano teorico, la distinzione viene, tuttavia, a sfumare sul piano pratico. Così, ad esempio, se a seguito della stipulazione di un contratto di vendita di una partita di merce, si scoprisse che la qualità della medesima è inferiore a quanto si potesse pensare, oppure, in relazione al contratto di vendita di un terreno, emergesse che nel medesimo è situato un giacimento di petrolio, si configurerebbe un'ipotesi di errore che non potrebbe dare luogo all'applicazione di alcun rimedio manutentivo, ma solo a quello dell'annullabilità per vizio del consenso.

In questi casi può essere in concreto difficile distinguere tra errore su sviluppi futuri e errore su dati presenti e rilevanti in ordine agli sviluppi futuri: non è chiaro, dunque, se si possa parlare di sopravvenienza o di errore di previsione.

¹²⁷GALLO, *op. cit.*, p. 220 secondo cui le due circostanze pongono all'interprete problemi del tutto analoghi di adeguamento del contratto alla nuova realtà di fatto, ovvero di risoluzione di esso nel caso in cui ciò non sia possibile.

¹²⁸ROPPO, *op. cit.*, p. 1017.

Infatti, contrariamente a quanto accade in altri Paesi europei appartenenti all'area del *civil law*¹²⁹ nel nostro ordinamento non è ammessa la possibilità di revisione del contratto in caso di errore, ma solo la sua caducazione.

Tale regola generale conosce una sola eccezione, in materia di appalto, ove l'art. 1664 cod. civ. riconosce all'appaltatore il diritto di chiedere una maggiorazione del corrispettivo, se nel corso dei lavori si manifestano difficoltà geologiche, idriche o simili, che rendano notevolmente più oneroso il lavoro di quanto non si potesse pensare in sede di conclusione del contratto. In relazione al contratto d'appalto, dunque, non solo il mutamento delle circostanze, ma anche le difficoltà di esecuzione emerse durante i lavori in conseguenza di un errore di previsione, possono dare luogo a revisione del contratto.

Parte della dottrina ha osservato come la disciplina legislativa in tema di sopravvenienze nel contratto d'appalto, prende in considerazione entrambe le ipotesi, sia quella dell'errore che quella delle sopravvenienze, assoggettandole alla medesima disciplina¹³⁰.

Tale orientamento trae il suo fondamento dalla circostanza che la disciplina di cui all'art. 1664 cod. civ. prevede tanto la possibilità di revisione del contratto «*per mutamento delle circostanze*» (comma 1) che l'esperibilità di analogo rimedio in presenza di «*difficoltà di esecuzione non previste dalle parti*» (comma 2), con ciò testimoniando la stretta affinità tra sopravvenienza ed errore.

In senso contrario, altro tesi ha obiettato come in queste ipotesi non si possa parlare di errore poiché anche in caso di mancata previsione circa le difficoltà dei lavori da effettuare, tali avversità possono essere sia sopravvenute che preesistenti alla stipulazione e ciò nondimeno potrebbero essere state scoperte successivamente e totalmente *ex novo* nel corso dell'esecuzione dei lavori¹³¹.

Pertanto entrambe le disposizioni contenute nell'art. 1664 cod. civ., pertanto, avrebbero ad oggetto il verificarsi di circostanze sopravvenute e ciò troverebbe conferma nella stessa Relazione ministeriale di accompagnamento all'entrata in vigore

¹²⁹ Come si avrà modo di meglio evidenziare nel prosieguo, nell'attuale disciplina tedesca in materia di errore comune delle parti non si fa più applicazione del § 119 BGB, relativa all'errore unilaterale, ma piuttosto al § 242 BGB, che sancisce il principio di buona fede, al fine di concedere la revisione del contratto. La buona fede finisce così col rappresentare un calderone nel quale vengono fatte confluire tutte le ipotesi non contemplate espressamente dalla legge.

¹³⁰ GALLO, *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, p. 220

¹³¹ RUBINO SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizi*, Padova, 1996, p. 339.

del Codice civile che, riguardo alle circostanze da cui derivano le difficoltà di esecuzione, precisa che deve trattarsi di «*cause obiettive, sia pure preesistenti al contratto, ma ignote alle parti*»¹³².

Si osserva che anche in questo caso, qualunque sia la chiave di lettura utilizzata per interpretare la norma in esame, risulta pacifico che i rimedi in essa previsti saranno esperibili solo in presenza di quelle circostanze espressamente positivizzate dal legislatore (sorprese geologiche, idriche o simili) mentre alcun rimedio manutentivo sarebbe possibile al di fuori di tali ipotesi.

Vedremo nella successiva analisi quali sono i rimedi esperibili in materia di sopravvenienze nel contratto d'appalto e gli eventuali limiti della loro operatività.

¹³²AMORE, *Appalto e Claim*, in *Le monografie di Contratto e impresa*, GALGANO (diretta da), 2007, p. 28

Capitolo secondo

Sopravvenienze e rimedi nel contratto d'appalto

1. *L'appalto come banco di prova per l'analisi delle sopravvenienze*

Si è già avuto modo di evidenziare che il problema che può porsi nei contratti di durata, così come nel contratto d'appalto è quello di un mutamento delle circostanze tale da rendere impossibile o comunque non più profittevole per uno dei contraenti l'adempimento della prestazione nei termini convenuti in sede di stipulazione¹³³.

Al riguardo va preliminarmente osservato che il motivo principale per cui si conclude un contratto è ovviamente quello di garantirsi che la controparte osservi un certo comportamento o effettui una certa prestazione. Questa esigenza è naturalmente più avvertita nei contratti di durata o di lungo periodo in cui il contraente intende assicurarsi circa la certa e futura esecuzione della controprestazione alle condizioni originariamente pattuite. Pertanto, se il promittente innanzi alla minima difficoltà sopravvenuta potesse liberarsi *ad libitum* dal vincolo contrattuale, ne risulterebbe frustrata la stessa ragione insita nella stipulazione del contratto. Allo stesso modo, anche la soluzione opposta che, con la sola esclusione dei casi di impossibilità oggettiva ad adempiere, esclude ogni possibilità di sottrarsi o di modificare il vincolo contrattuale, potrebbe apparire altrettanto ingiusta.

Come si è già avuto modo di evidenziare, nella materia contrattuale ha inciso e continua ad incidere la teoria fondata sul brocardo *pacta sunt servanda*: infatti trattandosi di atti di autonomia privata riveste un ruolo determinante la manifestazione volitiva espressa dai contraenti nel programma negoziale.

In particolare, le parti possono scegliere di adottare uno schema contrattuale "rigido", determinando fin dal momento della stipulazione ogni elemento dell'accordo (l'oggetto della prestazione, le modalità di esecuzione e il corrispettivo); oppure optare per un regime contrattuale a schema "aperto", in cui non viene rigidamente predeterminato ogni elemento allo scopo di introdurre elementi di elasticità nel programma negoziale. Rientrano in questa tipologia i contratti in cui le

¹³³In merito occorre segnalare che l'appalto d'opera, alla cui disciplina l'art. 1677 cod. civ. riconduce anche la disciplina dell'appalto di servizi, non costituisce, secondo la dottrina e la giurisprudenza dominanti, un'ipotesi di contratto di durata, bensì di contratto ad "esecuzione prolungata". In esso, infatti, ogni singolo atto di esecuzione non soddisfa nemmeno parzialmente l'interesse del committente, il quale dovrà attendere l'integrale consegna dell'opera: pertanto, la durata in questo contratto non costituisce una necessità giuridica, ma solo una "necessità pratica". In questo senso PISU, *Commento all'art. 1664 cod. civ.*, in *Codice dell'appalto privato*, LUMINOSO (a cura di), Milano, 2010, p. 468. In senso analogo CAGNASSO, voce *Appalto nel diritto privato*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, I, Torino, 1987, p. 166.

parti si impegnano a corrispondere il prezzo per quelli che saranno i concreti bisogni manifestati dello stipulante (si pensi ai moderni contratti di fornitura di luce e gas); ovvero i c.d. contratti "a rimborso spese", in cui l'ammontare del corrispettivo non viene rigidamente fissato al momento della stipulazione ma solo successivamente sulla base di quanto effettivamente speso (si pensi al contratto di mandato *ex art. 1720 cod. civ.*)¹³⁴.

Al riguardo si osserva che nelle sue recenti tendenze evolutive, anche il contratto d'appalto sta assumendo i connotati di un contratto a rimborso spese.

Tale contratto, tuttavia, nella sua configurazione originaria aveva assunto le vesti di un tipico contratto a schema fisso in cui le parti determinavano in modo rigido l'oggetto della prestazione e il relativo corrispettivo: in questa ottica, il rischio di un eventuale mutamento delle circostanze gravava sull'appaltatore e ciò appariva conforme alla visione ottocentesca che vedeva l'imprenditore come mero speculatore cui far gravare i rischi dell'attività esercitata¹³⁵.

Solo dopo una lunga evoluzione, il contratto d'appalto ha assunto le caratteristiche di un contratto c.d. "a rimborso spese" in cui assumono rilevanza giuridica alcune circostanze che, intervenendo durante la fase esecutiva del rapporto obbligatorio, aggravano gli sforzi che l'appaltatore dovrà compiere per eseguire correttamente la prestazione dovuta.

¹³⁴La distinzione tra contratti a schema "chiuso" e a schema "aperto" è ripresa da GALLO, *op. cit.*, p. 333 ss..

¹³⁵Il fenomeno era particolarmente evidente nei Paesi di *common law*, in cui nemmeno il caso fortuito valeva, nel XIII secolo, ad escludere la responsabilità dell'appaltatore. Si pensi al caso *Brecknock Navigation Co. v. Pritchard* del 1796, in cui la compagnia navale aveva assunto l'impegno di costruire un ponte e di conservarlo in buono stato di manutenzione. In seguito, a causa di una inondazione di straordinarie proporzioni, il ponte andò distrutto e la Corte decise la controversia condannando la compagnia alla sua ricostruzione. Analoghe decisioni si riscontrano anche nei casi di impossibilità di realizzazione del progetto, di impossibilità di realizzare l'opera nei termini concordati, o in presenza di difficoltà geologiche, idriche e così via. Le Corti negavano sempre la possibilità di risolvere o di procedere a revisione del contratto, condannando l'imprenditore promittente al risarcimento dei danni: le obbligazioni dell'appaltatore avevano, dunque, carattere assoluto. Per una più disamina della ampia casistica v. GALLO, *op. cit.*, p. 335-336, il quale segnala in proposito che nei sistemi di *common law* era prevista solo la possibilità di ottenere un incremento del corrispettivo nel caso in cui i maggiori lavori fossero stati richiesti dal committente o fossero dovuti a una sua colpa. L'Autore prosegue osservando che anche nei Paesi dell'area del *civil law* la situazione poteva dirsi sostanzialmente simile: in Francia l'art. 1793 C. Nap. escludeva categoricamente la possibilità di ottenere una variazione del corrispettivo, onde scoraggiare le frequenti manovre speculative adottate dagli imprenditori che, nella prassi, spesso procedevano ad una pretestuosa variazione dei progetti e conseguente richiesta di aumento del corrispettivo, invocando la disciplina dell'ingiustificato arricchimento. Anche in Italia, inoltre, il Codice del 1865 non prevedeva la possibilità di modificazione del prezzo pattuito nel contratto d'appalto e così pure il codice tedesco che al § 644 del BGB prevedeva espressamente che il rischio in materia d'appalto gravava sull'imprenditore.

Ecco perché l'appalto rappresenta oggi il tipo contrattuale che consente meglio di ogni altro di analizzare le problematiche sottese allo «scambio in divenire»¹³⁶. Esso infatti si caratterizza spesso per l'impiego di mezzi e di ingenti capitali necessari per portare a compimento la prestazione pattuita, richiedendo un notevole sforzo da parte di entrambi i contraenti sia nelle trattative che durante l'esecuzione del contratto. Si comprende quindi l'esigenza del legislatore di assicurare la permanenza del vincolo contro eventi sopravvenuti che potrebbero turbare l'originario equilibrio sinallagmatico.

Le prime aperture verso il riconoscimento della rilevanza delle sopravvenienze si è registrato in materia di contratti amministrativi in cui l'esigenza di garantire stabilità, certezza e continuità dei servizi pubblici ha favorito l'apertura verso lo strumento della revisione del contratto¹³⁷.

Nonostante il limitato ambito di applicazione, la materia degli appalti pubblici ha rappresentato un terreno fertile sul quale sperimentare soluzioni destinate ad espandersi anche in altri settori privatistici. Grazie all'apertura avvenuta in tale ambito, come si avrà modo di osservare nel prosieguo, il legislatore del 1942 ha proceduto al successivo esplicito riconoscimento della possibilità di procedere a revisione del contratto d'appalto sebbene limitatamente a talune circostanze¹³⁸.

¹³⁶MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, op. cit., p. 137.

¹³⁷Il principio della rivedibilità dei prezzi dell'appalto è stato legislativamente sancito solo col Regio Decreto Legge 6 agosto 1937-XV, n. 1896 concernente la revisione dei prezzi contrattuali relativi ad opere pubbliche di competenza delle amministrazioni dello Stato. In tal senso v. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, op. cit., p. 369-370.

¹³⁸Sull'onda delle leggi speciali in materia di appalti pubblici e della crisi economica del dopoguerra, venne così elaborato l'art. 1664 cod. civ. che ha determinato un vero e proprio ribaltamento della precedente disciplina. A darne prova è la stessa *Relazione di accompagnamento al libro delle obbligazioni* n. 170 che considera l'introduzione dell'istituto della revisione del prezzo «una notevole innovazione rispondente alle moderne esigenze del contratto d'appalto», che costituendo una particolare applicazione dell'art. 1467 cod. civ., «si giustifica non solo con evidenti ragioni di giustizia concreta e con il principio di solidarietà che deve prevalere all'esclusiva considerazione degli interessi dei singoli, ma anche col fatto che il valore dell'opera compiuta entrata nel patrimonio del committente, è normalmente in funzione dei valori dei materiali e della mano d'opera: di guisa che è giusto, in caso di notevoli variazioni di questi elementi che superino l'alea normale del contratto, variare pure il prezzo dell'opera lasciandosi in ogni caso immutato il margine di guadagno che l'appaltatore si riprometteva al momento della conclusione del contratto».

2. L'attuale disciplina del contratto d'appalto

Prima di procedere all'esame dei rimedi previsti dall'ordinamento in caso di sopravvenienze nel contratto d'appalto, pare opportuno individuare la corretta collocazione sistematica e i principali tratti caratterizzanti di questo importante contratto commerciale.

Come noto, il Codice civile vigente riserva all'appalto una disciplina autonoma, contenuta nel Libro IV, Capo VII, Titolo III, rubricato "*Dei singoli contratti*", collocando le relative disposizioni agli artt. 1655-1677 cod. civ..

Nello specifico, l'articolo 1655 cod. civ., definisce l'appalto come «*il contratto con cui una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o un servizio verso un corrispettivo in danaro*».

Dalla definizione codicistica si ricavano le principali caratteristiche dell'appalto, inteso come contratto sinallagmatico ad effetti obbligatori: attraverso il medesimo, il soggetto creditore (o committente) ordina ad un altro soggetto debitore (o appaltatore) di eseguire, per suo conto, una determinata opera o un servizio, mediante gestione imprenditoriale a proprio rischio e verso un corrispettivo in denaro¹³⁹.

Le obbligazioni delle parti sono caratterizzate dalla *corrispettività*, ossia dall'interdipendenza tra le prestazioni. Al riguardo, autorevole dottrina¹⁴⁰, discorre di sinallagma genetico e di sinallagma funzionale: con la prima accezione si indica l'interdipendenza iniziale tra le prestazioni, cosicché l'impossibilità originaria rende nullo l'intero contratto; il sinallagma funzionale si riferisce, invece, all'interdipendenza nella fase esecutiva e il suo venir meno determina l'insorgere delle seguenti ipotesi:

- a) la parte può rifiutarsi di adempiere la propria prestazione laddove la controparte non esegua la propria (eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 cod. civ.);
- b) la parte può essere liberata dal vincolo in caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta a causa ad essa non imputabile (art. 1463 cod. civ.);

¹³⁹CATRICALÁ, *Commento all'art. 1655*, in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, Libro IV, Tomo VII, CATRICALÁ-DUBOLINO-ROMAGNOLI (a cura di), Milano, 2005, p. 4762-4763 in cui si sottolinea che «*Fatta eccezione per le ipotesi peculiari in cui l'appalto può produrre l'effetto reale del trasferimento della proprietà solo al momento della venuta ad esistenza dell'opera oggetto del contratto, l'accordo in esame produce l'effetto obbligatorio consistente nel compimento dell'opera o del servizio a carico dell'appaltatore e nel pagamento del relativo corrispettivo a carico del committente*».

¹⁴⁰BIANCA, *Il contratto*, op. cit., p. 460.

c) la parte può domandare lo scioglimento del contratto in caso di grave inadempimento della controparte (art. 1453 cod. civ.).

E' appena il caso di osservare che poiché la prestazione dell'appaltatore è un'obbligazione di risultato, egli è tenuto a realizzare l'opera o il servizio e non solo a prestare l'attività lavorativa all'uopo necessaria; egli, inoltre, deve essere preposto ad una attività d'impresa, ossia ad un apparato organizzativo in cui si realizza la perfetta combinazione tra capitale, mezzi materiali e immateriali e lavoro altrui. Qualora, invece, l'opera e il servizio vengano realizzati con lavoro prevalentemente personale dell'esecutore, l'orientamento giurisprudenziale dominante, ritiene si possa parlare piuttosto di contratto d'opera¹⁴¹.

L'appaltatore inoltre resta obbligato a portare avanti l'esecuzione anche in presenza di eventuali difficoltà tecniche o possibili variazioni dei costi dei materiali e della manodopera, salvo il verificarsi di circostanze imprevedibili che superano la normale *alea* del contratto¹⁴².

Il contratto d'appalto infatti è di tipo *commutativo* nel senso che l'entità delle prestazioni viene valutata e definita dalle parti al momento della stipulazione e non dipende da eventi futuri e incerti. Al tal proposito occorre segnalare l'opinione di chi ha ritenuto che l'appalto, pur non essendo un contratto aleatorio, presenta tuttavia elementi di incertezza determinati dal fatto che al momento dell'esecuzione il valore effettivo dell'opera o del servizio può essere maggiore del previsto e del prevedibile¹⁴³.

Ciò dipende dal verificarsi di circostanze che possono realizzarsi *medio tempore* tra la stipulazione del contratto e la sua completa esecuzione e che fanno emergere un'ulteriore caratteristica del contratto d'appalto consistente nel naturale perdurare nel tempo del rapporto negoziale.

E' questa la ragione per la quale l'appalto si qualifica come contratto *ad esecuzione prolungata*¹⁴⁴, espressione con cui si indica che, salvo casi eccezionali, il compimento dell'opera o del servizio non può esaurirsi in una condotta istantanea.

¹⁴¹Ex plurimis, Cass. Civ., 12 dicembre 1995, n. 12727, in *Rep. Foro it.*, 1995, *Appalto*, n. 10.

¹⁴²Sul punto v. *infra*.

¹⁴³RUBINO-IUDICA, *Appalto*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja-Branca, GALGANO (a cura di), Bologna-Roma, 1992 p. 303-304.

¹⁴⁴RUBINO-IUDICA, *op. cit.*, p. 182 ss.; conformi a tale qualifica GIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile*, CICU-MESSINEO (a cura di), Milano, 1967, p. 14; STOLFI, voce *Appalto*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, p. 637.

Com'è noto infatti i contratti si distinguono in relazione al tempo della prestazione, in contratti ad esecuzione immediata e differita e in relazione alla durata, in contratti ad esecuzione istantanea e continuata o periodica. L'appartenenza di un contratto all'una o all'altra categoria dà luogo all'applicazione di una disciplina giuridica parzialmente diversa, per cui la classificazione risponde ad esigenze pratiche oltre che puramente teoriche.

I contratti ad esecuzione immediata, infatti, sono caratterizzati da una contestualità tra conclusione ed esecuzione del contratto; mentre nei contratti ad esecuzione differita, l'inizio dell'esecuzione è spostato nel tempo rispetto alla stipulazione. Ciò consente di escludere l'appartenenza del contratto d'appalto ad entrambe le categorie, in quanto la prestazione dell'appaltatore inizia immediatamente al momento della conclusione del contratto e si prolunga nel tempo fino al conseguimento del risultato finale, ossia l'*opus* promesso, per cui l'attività spiegata a tal fine, rientra nello schema causale del contratto.

Parte della dottrina ritiene, pertanto, che l'appalto può rientrare nella categoria dei contratti di durata in senso ampio, in cui l'esecuzione si prolunga nel tempo¹⁴⁵. Nell'ambito di questa categoria, si suole distinguere tra obbligazioni in cui la durata è determinata dallo scopo e quelle in cui essa è determinata dal tempo di esecuzione: mentre nelle prime lo scorrere del tempo non influisce sul contenuto della prestazione, essendo rilevante solo il conseguimento del risultato concordato, nelle seconde la durata incide sull'entità della prestazione la cui utilità è ad essa proporzionale (si pensi al contratto di somministrazione, qualificato a seconda dei casi, come contratto ad esecuzione continuata o periodica)¹⁴⁶.

Nelle prime pertanto l'attività compiuta prima del raggiungimento del risultato non costituisce adempimento per cui la mancata consegna dell'*opus* lascerebbe in vita l'obbligazione; mentre nelle seconde l'esecuzione parziale costituisce adempimento *pro parte*. Ciò significa che mentre nei contratti del primo tipo la durata della prestazione costituisce solo una necessità pratica, nei secondi il tempo rappresenta una necessità

¹⁴⁵CARNEVALE-FERRATI, *L'appalto pubblico e privato*, in *L'appalto*, *Rassegna di giurisprudenza commentata*, (a cura di) JANNUZZI, I, Milano, 1974, p. 24.

¹⁴⁶Si pensi alla somministrazione di energia elettrica che avendo per oggetto una prestazione unitaria da svolgersi ininterrottamente, rientra nella categoria dei contratti ad esecuzione continuata; mentre la somministrazione di alimenti alla mensa aziendale, avendo ad oggetto una serie ripetuta di prestazioni, rientra nella categoria dei contratti ad esecuzione periodica. Sul punto CASELLA, *op. cit.*, p. 60.

giuridica posto che solo gli atti di esecuzione ripetuti nel tempo posso realizzare l'interesse del creditore.

Le obbligazioni in cui la durata è determinata dallo scopo rientrano nella categoria dei contratti ad esecuzione continuata in senso ampio o, secondo una definizione più moderna, ad esecuzione prolungata che rappresenta un *tertium genus* rispetto ai contratti ad esecuzione istantanea e continuata *stricto sensu* e in questa categoria rientra il contratto d'appalto.

Da quanto è emerso, dunque, l'appalto si differenzia dai contratti di durata poiché la prestazione alla quale è tenuto l'appaltatore non si reitera nel tempo ma viene effettuata una sola volta, anche se la realizzazione richiede necessariamente il trascorrere di un certo lasso temporale¹⁴⁷

Alla luce di siffatta collocazione sistematica, la dottrina maggioritaria ritiene che non trattandosi di contratto di durata la risoluzione del contratto d'appalto produce un effetto retroattivo, travolgendo le prestazioni fino a quel momento compiute, salvo le eccezioni previste dagli artt. 1660, comma 2 e 3, 1672 e 1675 cod. civ.¹⁴⁸

Pertanto, se nel corso dell'esecuzione del contratto intervengono circostanze che alterano l'originario equilibrio determinato l'eventuale richiesta di risoluzione del contratto, essa opererà con efficacia *ex tunc* con la conseguenza che l'appaltatore non potrebbe pretendere il pagamento dell'opera fino a quel momento eseguita, se non nei limiti in cui l'altro contraente possa trarre vantaggio dall'opera fino a quel momento eseguita.

La risoluzione del contratto d'appalto, quindi, rappresenta una grave perdita, non solo per i contraenti che hanno profuso considerevole impegno nella sua esecuzione, ma anche per la collettività in genere, beneficiaria in senso più ampio di ogni utilità che le attività economica producono e ciò induce a procedere all'analisi dei rimedi

¹⁴⁷Parte della dottrina segnala, peraltro, la configurabilità anche di taluni tipi di appalti di durata, caratterizzati dalla circostanza che il risultato finale ha natura continuativa, come avviene ad esempio negli appalti di manutenzione. A tale riguardo si segnala RESCIGNO, *Codice civile*, Milano, 2003, p. 1989; CAGNASSO, voce *Appalto nel diritto privato*, *Digesto. Disc. Priv., sez. Comm.*, I, Torino 1987, p. 166; CARNEVALE-FERRATI, *op. cit.*, p. 24 ss.; MASCARELLO, *Il contratto d'appalto*, Milano, 2002, p. 21; STOLFI, *L'appalto, Trasporto*, in *Trattato di diritto civile*, GROSSO-SANTORO PASSARELLI (diretto da), Milano, 1961, p. 16 ss.; RUBINO, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, VASSALLI (a cura di), Torino, 1980, p. 342.

¹⁴⁸La tesi, pur non unanimemente condivisa, è espressa da RESCIGNO, *op. cit.*, p. 1989; RUBINO-IUDICA, *op. cit.*, p. 183 ss.; CARNEVALE-FERRATI, *op. cit.*, p. 30; GIANNATTASIO, *L'appalto*, *op. cit.*, p. 15; sul versante giurisprudenziale, la tesi è condivisa da Cass. Civ., 9 novembre 1977, n. 4818 e da App. Napoli, 29 giugno 1982, n. 1179, in *Riv. Giur. Edilizia*, 1982, I, p. 891.

manutentivi previsti dall'ordinamento in relazione al contratto d'appalto e alla valutazione circa la loro reale efficacia pratica.

3. I rimedi legali nella gestione delle sopravvenienze nel contratto d'appalto

Un ruolo fondamentale nella nozione di appalto è rivestito dall'elemento del *rischio* in quanto questo contratto risente in modo diretto «della influenza esercitata dalle condizioni di mercato e dalla complessità dell'organizzazione d'impresa»¹⁴⁹.

Tale connotato presenta dei risvolti non solo sul piano economico, ma anche nel diritto positivo, tanto che l'ordinamento predispone dei rimedi volti a tutelare i contraenti da taluni rischi relativi all'esecuzione dell'opera.

Può accadere che tali eventi siano stati previsti dalle parti nel loro programma negoziale, attraverso l'inserimento di apposite clausole contrattuali: si parla, in questo caso, di rimedi convenzionali alla gestione delle sopravvenienze¹⁵⁰.

Solo laddove manchi una determinazione volitiva, occorrerà rifarsi alle norme suppletive apprestate dall'ordinamento ai fini della ripartizione del rischio contrattuale, attraverso le quali «si dà al contratto la capacità di adattarsi, flessibilmente, per ovviare alle circostanze che lo rendono difettoso»¹⁵¹.

In particolare, analizzando la disciplina sull'appalto è possibile individuare due ipotesi prese in considerazione dall'ordinamento in tema di sopravvenienze.

La prima, prevista dall'art. 1660 cod. civ., rubricato "Variazioni necessarie al progetto" ove si prende in esame l'ipotesi in cui l'opera concordata non possa realizzarsi senza apportare modifiche al progetto originario ai fini dell'esecuzione dell'opera secondo le regole dell'arte; in questo caso, laddove le parti non giungano ad

¹⁴⁹ NICOLO', *Alea*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 1026.

¹⁵⁰ La prima scelta circa l'allocatione del rischio compete, infatti, alle parti – in omaggio al principio di autonomia negoziale – le quali, come meglio si dirà nel prosieguo, possono decidere in via discrezionale sin dal momento della conclusione dell'accordo, su quale delle parti far gravare il rischio del verificarsi di determinati eventi, attraverso la scelta del tipo contrattuale o mediante l'inserzione in esso di clausole di adeguamento, *hardship* e così via. Parte della dottrina al riguardo puntualizza che laddove le parti congegnino un contratto attribuendo certezza ad una delle prestazioni ed incertezza all'altra, il contratto sarà indubbiamente aleatorio, ma non sarà un contratto d'appalto bensì un contratto atipico per la cui disciplina si dovrà attingere dalla normativa sull'appalto, salvo che per la parte che regola la commutatività. In questo senso TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, Milano, 1983, p. 113

¹⁵¹ ROPPO, *op. cit.*, p. 1044

un accordo «spetta al giudice il compito di determinare le variazioni da introdurre e le correlative variazioni del prezzo».

La seconda ipotesi, regolata dall'art. 1664 cod. civ., rubricato "Onerosità e difficoltà della prestazione", vengono prese in considerazione due distinte sottofattispecie suddivise in due commi: il primo concernente il fenomeno della sopravvenuta onerosità di esecuzione (variazioni del costo dei materiali o della manodopera); il secondo riferito alla sopravvenuta difficoltà di esecuzione (sorprese geologiche, idriche o simili).

Mentre nella prima sottofattispecie il rimedio previsto dalla legge è quello della richiesta da parte dell'appaltatore o del committente di *revisione del prezzo* esperibile a condizione che le variazioni comportino un aumento o una diminuzione del costo convenuto superiore ad un decimo e limitatamente alla parte che eccede il decimo; nella seconda il rimedio previsto è quello della richiesta da parte del solo appaltatore di un *equo compenso*.

Ebbene, da un primo esame di tali disposizioni emerge che in presenza delle circostanze sopravvenute positivizzate dal legislatore è data facoltà all'appaltatore e/o al committente di domandare un adeguamento del corrispettivo, ragion per cui si comprende quell'orientamento dottrinario che qualifica l'appalto come un contratto a rimborso spese¹⁵².

Pertanto, già in via di prima approssimazione si può notare come la previsione normativa sia assai limitata: il nostro legislatore, infatti, se da un lato ha voluto assicurare l'appaltatore da possibili rischi connessi all'attività esercitata, dall'altro ha ristretto le maglie di tale tutela, limitando la sua sfera applicativa al sopravvenire solo di talune circostanze nel concreto verificabili.

Vedremo nei successivi sviluppi di questo lavoro quale sia il meccanismo in cui si sostanzia l'adeguamento del contratto d'appalto, individuando altresì il suo ambito di applicazione, premettendo che, per esigenze sistematiche, l'indagine è stata condotta escludendo le variazioni concordate (art. 1659 cod. civ.) e quelle ordinate dal

¹⁵²A far da contrappeso a questa disciplina interviene però l'art. 1671 cod. civ. rubricato "Recesso unilaterale dal contratto", in base al quale il committente può recedere dal contratto, anche laddove sia già iniziata la sua esecuzione, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sino a quel momento sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno. Continua, invece, a gravare sull'imprenditore il rischio dovuto al perimento fortuito dell'opera prima della consegna, in base al disposto dell'art. 1673 cod. civ..

committente (art. 1661 cod. civ.), le quali non qualificandosi come sopravvenienze, non rientrano nell'ambito della presente indagine.

3.1. *Segue. Le variazioni necessarie al progetto*

Durante l'esecuzione del contratto d'appalto possono sopravvenire fatti che rendono necessario l'apporto di modifiche al progetto originariamente concordato al fine di assicurare l'esecuzione dell'opera secondo le regole dell'arte.

L'art. 1660 cod. civ. dispone che *«se per l'esecuzione dell'opera a regola d'arte è necessario apportare variazioni al progetto e le parti non si accordano, spetta al giudice determinare le variazioni da introdurre e le correlative variazioni del prezzo. Se l'importo delle variazioni supera il sesto del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore può recedere dal contratto e può ottenere, secondo le circostanze, un'equa indennità. Se le variazioni sono di notevole entità il committente può recedere dal contratto ed è tenuto a corrispondere un equo indennizzo»*.

Opinione pacificamente condivisa è quella per cui i fatti che rendono necessaria la modifica del progetto originario non devono essere imputabili a colpa di nessuna delle parti poiché in caso contrario la modifica sarebbe diretta a riparare un'inesattezza nell'adempimento¹⁵³.

Con riguardo ai presupposti, si ritiene che la norma in esame possa trovare applicazione in relazione a lacune o inesattezze del progetto originario; in caso di sopravvenuti fattori nuovi che rendono necessaria la modifica del medesimo; ovvero nell'ipotesi di scoperta di circostanze prima ignorate dai contraenti¹⁵⁴.

¹⁵³ Si pensi al caso in cui l'appaltatore abbia egli stesso predisposto il progetto rivelatosi viziato: in tal caso egli sarà ritenuto responsabile secondo l'opinione pacificamente condivisa. Per tutti si segnala GIANNATTASIO, *L'appalto, op. cit.*, p. 177.

¹⁵⁴ RUBINO, *L'appalto, op. cit.*, p. 333 secondo cui la norma in questione regola un'ipotesi di impossibilità tecnica che non darebbe luogo a nullità del contratto; così anche RUBINO-IUDICA, *op. cit.*, p. 255; MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962, p. 438; CARNEVALE-FERRATI, *op. cit.*, p. 221; più incisiva appare la tesi di GHIRONI, *Commento all'art. 1660 cod. civ.*, in *Codice dell'appalto privato*, LUMINOSO (a cura di), Milano, 2010, p. 413 secondo il quale occorrerebbe distinguere tra due ipotesi: quella in cui le modalità originariamente convenute fossero inesatte o lacunose; e quella in cui sopravvengano fattori nuovi o gli stessi pur presenti vengano scoperti solo in seguito. Secondo l'Autore la prima ipotesi non pone particolari problemi poiché si ritiene pacificamente che la norma delinea una particolare ipotesi di impossibilità sopravvenuta, in parziale deroga all'art. 1672 cod. civ.. Laddove cioè l'impossibilità possa essere superata attraverso l'introduzione di varianti, il contratto non si risolverà come avviene ex art. 1672, ma il suo oggetto verrà automaticamente modificato. In caso di progetto erroneo, lacunoso o basato su presupposti rivelatisi inesistenti e non imputabili ad alcuna delle parti, invece, si ritiene che le regole dell'arte cui

In presenza di tali circostanze, l'appaltatore ha l'obbligo di avvisare il committente affinché si raggiunga un accordo circa le modifiche da apportare e le conseguenti variazioni di prezzo; in mancanza di esso, la norma prevede che sia il giudice ad accertare la necessità delle variazioni e ad individuare il corrispettivo dovuto¹⁵⁵.

La pronuncia giudiziale dovrà tenere conto delle regole dell'arte tecnica, le quali costituiscono il criterio in base a cui valutare la necessità della variante. A tale stregua, risulta evidente che il presupposto per l'applicazione della norma è che le variazioni siano, non solo opportune e convenienti, ma anche necessarie al fine di assicurare la corretta esecuzione dell'opera secondo le regole dell'arte¹⁵⁶.

L'accordo previsto dall'ordinamento come strumento necessario per la modifica del contratto trova in questo ambito un rimedio alternativo nella determinazione giudiziale: laddove le parti non riescano a raggiungerlo la variante può realizzarsi anche senza la loro concorde volontà¹⁵⁷.

Sorge di tal guisa il problema di stabilire in quale momento sia necessario adire l'autorità giudiziaria onde accertare l'effettiva necessità di tali variazioni e procedere, conseguentemente, alla modifica delle condizioni di contratto.

All'uopo si segnala che la dottrina appare divisa tra coloro che optano per la necessità di una determinazione *ex ante* e altri che protendono per una valutazione *ex post*.

A sostegno della prima tesi, parte della dottrina ritiene che la valutazione *ex ante* mirerebbe a tutelare l'appaltatore dal rischio che le varianti apportate siano considerate non necessarie sulla base di una valutazione fatta a posteriori: egli, infatti, in mancanza di accordo preventivo col committente, dovrebbe eseguire le modifiche che reputa

dovrà essere uniformata l'opera, entrino ad integrare il contenuto del contratto con un mecenismo assimilabile all'inserzione automatica di clausole di cui all'art. 1339 cod. civ..

¹⁵⁵RUBINO-IUDICA, *op. cit.*, p. 258 che rimanda per la determinazione del compenso ai criteri illustrati nel commento all'art. 1659, p. 249 ove si afferma che «sembra corretto farsi guidare pur sempre, nei limiti del possibile, da una ragionevole proporzione coi prezzi contrattuali, specie con quelli relativi alle categorie di lavori o di materiali più affini».

¹⁵⁶All'uopo la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che le regole dell'arte non sono solo quelle riferite ai criteri generali della tecnica, ma altresì quelle adeguate alle esigenze e agli scopi in vista dei quali l'opera è stata programmata. In questo senso Cass. 3 novembre 1979, n. 5694, in *Rep. Foro it.*, 1979, *Appalto*, n. 15.

¹⁵⁷Ciò sempre che tale variante non determini un aumento del corrispettivo pattuito superiore ad un sesto: nel qual caso è concessa all'appaltatore la possibilità di recedere dal contratto e ottenere, secondo le circostanze, un'equa indennità (comma 2); mentre se le variazioni sono di notevole entità sarà il committente a poter recedere dal contratto con l'obbligo di corrispondere un'equo indennizzo (comma 3).

necessarie col rischio che le stesse vengano successivamente considerate arbitrarie dall'organo giudicante¹⁵⁸. Il che escluderebbe non solo il diritto dell'appaltatore di ricevere l'adeguamento del corrispettivo, ma determinerebbe paradossalmente il sorgere dell'obbligo di eliminazione della variante con spese a suo carico¹⁵⁹.

Un secondo orientamento, che tende verso il riconoscimento di un giudizio a posteriori, trae le proprie argomentazioni dalla constatazione che una valutazione *ex ante* porterebbe a sacrificare l'interesse delle parti alla regolare e continuativa prosecuzione dei lavori¹⁶⁰.

L'orientamento prevelente in dottrina e in giurisprudenza ritiene che si tratti di un obbligo privo di sanzione poiché, anche laddove l'appaltatore abbia proceduto senza preventivo accordo col committente e senza adire l'autorità giudiziaria, nessun danno potrebbe derivare alla controparte nel caso di variazioni necessarie. Corollario di tale impostazione è il rilievo per cui l'appaltatore procede a suo rischio, per cui in caso di contestazione, ove il giudice rilevi l'arbitrarietà della variante, nessun compenso gli è dovuto e anzi sorgerebbe una responsabilità contrattuale ex art. 1667 e 1668 cod. civ. per difformità dell'opera dal contratto¹⁶¹.

Altra tesi al riguardo ritiene che sull'appaltatore gravi un vero e proprio obbligo di preventiva comunicazione discendente dal generale dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede ex art. 1375 cod. civ., per cui laddove egli non adempia all'obbligo di preventiva comunicazione o decisione giudiziaria, perde il diritto al compenso e incorre in responsabilità nei confronti del committente per la necessità di rimessione in pristino dell'opera¹⁶².

¹⁵⁸ RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto, op. cit.*, p. 257 che ritiene che in caso di accertamento giudiziale fatto a posteriori, l'appaltatore faccia un vero e proprio "salto nel buio".

¹⁵⁹ RUBINO SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizi, op. cit.*, p. 300; RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto, op. cit.*, p. 257; VICHI, *Variazioni esecutive necessarie nell'appalto a corpo e dovere di informazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 1060.

¹⁶⁰ In tal senso v. CARNEVALE-TROTTA, *Appalto pubblico e privato*, in *L'appalto, Rassegna di giurisprudenza commentata*, (a cura di) JANNUZZI, I, Milano, 1978, p. 222 secondo cui «la necessità delle variazioni, in caso di disaccordo tra i contraenti, potrà essere determinata dal giudice con giudizio compiuto a posteriori cioè ad opera eseguita»; così anche GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 178.

¹⁶¹ GHIRONI, *Commento all'art. 1660 cod. civ., op. cit.*, p. 417 ss. secondo cui questa ricostruzione trascura il rilievo per cui l'appaltatore, procedendo alle variazioni senza preventiva comunicazione o decisione giudiziaria, ove le stesse fossero di notevole entità, precluderebbe al committente l'esercizio del potere di recesso ai sensi del comma 3 dell'art. 1660 cod. civ.. A questa obiezione RUBINO-IUDICA, *op. cit.*, p. 258 prospetta la possibilità di un recesso con effetto retroattivo.

¹⁶² VICHI, *Variazioni esecutive nell'appalto "a corpo" e doveri di informazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1978, p. 1060 ss; condivide la tesi GHIRONI, *Commento all'art. 1660 cod. civ., op. cit.*, p. 418 ss. il quale tuttavia prende le distanze dalle conclusioni cui giunge questo orientamento, osservando che i danni di cui è responsabile l'appaltatore per mancata informazione delle variazioni

La norma prosegue stabilendo che, ove l'importo delle variazioni superi il sesto del prezzo convenuto, l'appaltatore, anziché farsi carico di eseguirle, possa recedere dal contratto, dando così modo al committente di far completare l'opera da un altro appaltatore. La *ratio* di tale disposizione è da rintracciare nella possibilità che l'appaltatore possa ritenere la variante superiore al sesto eccessiva in considerazione dell'organizzazione e delle capacità della sua impresa¹⁶³.

La norma non trova applicazione laddove l'appaltatore abbia iniziato ad intraprendere l'esecuzione della variante, poiché in questo caso dovrà portarla a compimento. Altrettanto dicasi nel caso in cui l'appaltatore abbia iniziato l'esecuzione della variante nelle more della decisione giudiziale sulla determinazione del nuovo corrispettivo.

Vertendo in tali ipotesi, la norma prevede la possibilità per l'appaltatore di recedere dal contratto e di ottenere, «secondo le circostanze, un'equa indennità». Secondo autorevole dottrina, questo ultimo inciso non significa solo che l'ammontare dell'indennità può variare a seconda delle circostanze – ciò che risulta intuitivo – ma anche che nel concreto possano mancare gli estremi per riconoscere all'appaltatore questo diritto¹⁶⁴.

In particolare, secondo tale orientamento, risulterebbero compensabili, sulla base del principio dell'indebito arricchimento, solamente i lavori già eseguiti nei limiti in cui il committente possa trarre dagli stessi una qualche utilità¹⁶⁵. Pertanto potrebbe anche verificarsi l'ipotesi in cui i lavori eseguiti non siano di alcuna utilità per il committente, per cui a rigore nessun compenso dovrebbe essere liquidato all'appaltatore per i lavori

necessarie, saranno dovuti solo nei limiti in cui sia stato precluso l'esercizio del diritto di recesso del committente, ovvero sia nei soli casi di variazioni di notevole entità.

¹⁶³ RUBINO-IUDICA, *op. cit.*, p. 261; GHIRONI, *Commento all'art. 1660 cod. civ., op. cit.*, p. 422.

¹⁶⁴ RUBINO-IUDICA, *op. cit.*, p. 262; GHIRONI, *Commento all'art. 1660 cod. civ., op. cit.*, p. 423 secondo cui il diritto all'indennità per l'appaltatore «è subordinato ad una valutazione del giudice da condursi secondo equità non solo circa il *quantum*, ma anche in relazione all'*an*».

¹⁶⁵ Si pensi ad esempio alle costruzioni o riparazioni di immobili in cui i lavori eseguiti rimangono al committente. A sostegno della tesi, tale orientamento, ricorda che l'appalto non rientra tra i contratti ad esecuzione continuata in senso proprio nei quali la parte di esecuzione già avvenuta è già stata goduta dal creditore e pertanto deve essere regolarmente pagata. In tal senso RUBINO-IUDICA, *op. cit.*, p. 262, nota 3. *Contra* GHIRONI, *Commento all'art. 1660 cod. civ., op. cit.*, p. 424 ove si ritiene opportuno distinguere a seconda che la parte di opera già eseguita sia stata acquistata dal committente a titolo originario (come nell'appalto immobiliare su suolo di proprietà del committente) oppure appartenga ancora all'appaltatore. Nel primo caso si ritiene applicabile l'art. 1675 comma 1, secondo cui l'opera deve essere pagata nei limiti in cui sia utile per il committente; in caso contrario, il committente non potrà ritenersi obbligato ad acquistare l'opera e non sarà tenuto a pagare alcuna indennità, non avendo conseguito alcuna utilità.

eseguiti. Ciò che potrebbe indurre quest'ultimo a non recedere dal contratto anche quando tali varianti siano eccessive rispetto alle capacità dell'impresa.

Nel terzo comma, infine, la norma prende in esame anche la posizione del committente che, a fronte di circostanze sopravvenute che rendano necessaria la variante, potrebbe trovarsi a dover sopportare aumenti di spesa «di notevole entità» non previsti a differenza di quanto avviene per l'appaltatore, in questo caso la norma utilizza una formulazione volutamente ampia al fine di consentire al committente di liberarsi anche in caso di modifiche inferiori al sesto del prezzo¹⁶⁶.

Ai fini della determinazione del compenso dovuto, la dottrina è incline a ritenere che l'indennizzo in questo caso debba essere di ammontare più ampio rispetto al caso in cui a recedere sia l'appaltatore e pertanto il compenso deve tener conto di tutti i lavori effettuati, non solo nei limiti in cui gli stessi gli siano utili.

Dal complesso delle disposizioni sopra richiamate, ci sembra di poter concludere che la disciplina in esame lungi dal fornire un efficace strumento di garanzia della continuità al rapporto contrattuale, presenti semmai dei rimedi piuttosto farraginosi che potrebbero portare le parti a preferire, piuttosto, lo scioglimento del vincolo contrattuale senza interessarsi delle effettive perdite subite in via diretta dai contraenti e, indirettamente, dalla collettività¹⁶⁷.

Proseguiamo nell'indagine degli altri strumenti predisposti dal legislatore in materia di sopravvenienze nell'appalto per verificare se tra loro si possa rintracciare un'efficace forma di tutela manutentiva.

¹⁶⁶ RUBINO-IUDICA, *op. cit.*, p. 264 secondo cui «E' vero, poi, che il committente può recedere dal contratto in qualsiasi momento e senza addurre spiegazioni, perché tale diritto gli è accordato in linea generale dall'art. 1671. Ma secondo la disciplina dettata da quest'ultimo articolo l'appaltatore è tenuto a un più ampio e complesso indennizzo. Nell'ipotesi in commento, invece, dato che il recesso avviene per una speciale causa, la legge si limita a disporre che il committente deve corrispondere un equo indennizzo»; ciò significa secondo GHIRONI, *Commento all'art. 1660 cod. civ., op. cit.*, p. 426, che l'indennizzo in parola è quello spettante in caso di recesso *ad nutum ex art. 1671 cod. civ.*, non comprensivo tuttavia del lucro cessante, in quanto a differenza della norma citata, il recesso avviene per giusta causa.

¹⁶⁷ Pensiamo ad esempio alle occasioni di lavoro che l'esecuzione di un appalto può originare.

3.2. Segue. Onerosità e difficoltà di esecuzione

Tra le vicende che possono determinare uno squilibrio tra le prestazioni, il legislatore ha selezionato alcuni tipi di sopravvenienze rilevanti nell'appalto, individuando i criteri di ripartizione del rischio tra i contraenti, nella previsione di mantenere inalterato l'equilibrio economico tra le prestazioni e per assicurare la continuità del vincolo contrattuale.

L'art. 1664 cod. civ. prevede che *«Qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere la revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo»*.

Il secondo comma del medesimo articolo aggiunge che *«Se nel corso dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto ad un equo compenso»*.

La norma in esame presenta notevoli problematicità che hanno formato oggetto di intenso dibattito dottrinario del quale in questa sede non si potrà dare conto in modo esaustivo, dovendo limitare l'indagine ai soli profili che rilevano sul piano dell'efficacia o meno di tali strumenti manutentivi¹⁶⁸.

Ebbene, dal contenuto della disposizione sopra richiamata emerge che il legislatore ha previsto la possibilità del verificarsi di due ipotesi: una variazione del costo dei materiali o della manodopera che determini un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto; e la sopravvenuta difficoltà di esecuzione, dovuta a sorprese geologiche, idriche o simili, che aumentino significativamente l'onerosità della prestazione a carico dell'appaltatore.

Il rimedio legale di tipo manutentivo previsto dall'ordinamento in presenza di una sopravvenuta onerosità o difficoltà di esecuzione nell'appalto è rappresentato dalla *revisione del prezzo* originariamente concordato, ossia la possibilità di correggere lo

¹⁶⁸Per un'ampia ed esaustiva trattazione delle diverse problematiche che emergono dall'analisi della disciplina dell'appalto si rinvia a PISU, *Commento all'art. 1664 cod. civ., op. cit.* p. 465 ss..

squilibrio di valore tra le prestazioni quando esso supera la normale *aleatorietà* del contratto¹⁶⁹.

L'esercizio del diritto alla revisione del prezzo è legato al ricorrere dei soli presupposti richiamati dai due commi dell'art. 1664 cod. civ..

In particolare, il meccanismo revisionale previsto dal primo comma dell'art. 1664 cod. civ. può essere accordato in presenza di tre requisiti: 1) l'imprevedibilità dell'evento sopravvenuto; 2) la variazione del costo dei materiali e della manodopera (profilo qualitativo); 3) l'aumento o la diminuzione superiori al decimo (profilo quantitativo).

In ordine al requisito dell'imprevedibilità, la limitazione di rilevanza della sopravvenienza si giustifica nel fatto che le parti abbiano tenuto conto dell'eventualità del verificarsi di fattori prevedibili al tempo della stipulazione e che essi siano stati tenuti presenti anche nella determinazione del prezzo. L'imprevedibilità, dunque, riguarda quelle «circostanze che, in relazione a quanto normalmente accade, si poteva ragionevolmente supporre che non si sarebbero verificate»¹⁷⁰. Con riguardo al parametro in base al quale valutare tale requisito, la dottrina è divisa tra coloro che optano per una prevedibilità da valutare secondo la normale diligenza dell'uomo medio¹⁷¹ e altri che ritengono preferibile il ricorso al paradigma della diligenza e perizia professionale riferita all'appaltatore medio *ex art.* 1176 cod. civ..¹⁷².

In ordine al secondo requisito, la norma in esame richiede una variazione del costo dei materiali e della manodopera che costituiscono i due fattori essenziali nell'organizzazione imprenditoriale.

¹⁶⁹CASELLA, *op. cit.*, p. 72 il quale ricorda in proposito che il contratto d'appalto, per opinione unanime, si inserisce tra i contratti commutativi e che tale carattere permane anche quando le parti dovessero escludere la possibilità di richiedere la revisione del prezzo, poiché in quel caso si avrebbe solo un'espansione del rischio economico e non giuridico, senza alcuna alterazione della struttura e della funzione dell'appalto. Secondo l'Autore, infatti, «*Appare ormai chiaro che, pur parlando di rischio, l'art. 1655 non intende far riferimento al concetto di rischio giuridico, che qualifica la funzione stessa del contratto [e che contraddistingue dunque i contratti aleatori], bensì al concetto di rischio economico, inerente al normale rischio d'impresa*».

¹⁷⁰STOLFI, voce *Appalto* (contratto di), *op. cit.*, p. 644

¹⁷¹GIANNATTASIO, *L'appalto*, *op. cit.*, p. 118.

¹⁷²La tesi dominante è espressa da RUBINO-IUDICA, *op. cit.*, p. 326; RUBINO, *op. cit.*, p. 706; TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi nell'onerosità sopravvenuta*, in *L'appalto privato: Trattato*, COSTANZA (diretto da), Torino, 2000, p. 295. L'orientamento non convince, peraltro, laddove si consideri che un tale parametro di diligenza non sarebbe applicabile al committente cui pure si applica la norma in esame, con la conseguenza che si verrebbero ad adottare due diversi parametri di valutazione, la diligenza professionale per l'appaltatore e la diligenza media per il committente, pur nell'ambito della stessa disciplina.

In ordine a tali fattori produttivi, l'applicazione del rimedio legale resta esclusa in tutte quelle ipotesi, non previste dalla norma, in cui la maggiore onerosità dei fattori produttivi è determinata, ad esempio, 1) dalla scadente qualità dei materiali che costringe a sostituirli, ovvero ad impiegarli in quantità maggiore o a rifare una parte dell'opera; 2) o che dipende dal minore rendimento della manodopera, dovuto a scioperi o assenteismo dei lavoratori, 3) o causato dall'utilizzo di macchinari obsoleti: in questi casi il rischio di aumento dei costi, anche superiore al decimo del prezzo permane in capo all'appaltatore perché tali ipotesi non rientrano nella nozione di imprevedibilità così come in precedenza delineata¹⁷³.

Ciò non di meno, tali fattori pur prevedibili possono determinare un'effettiva maggiore onerosità della prestazione dell'appaltatore che potrebbe trovarsi costretto a non poter adempiere, con conseguente richiesta di risoluzione del contratto da parte del committente e scioglimento del vincolo.

Al fine di individuare l'ambito di operatività di tale disciplina, parte della dottrina ha ritenuto che la norma in esame possa trovare applicazione anche in relazione ad eventi imprevedibili di carattere generale che influiscono nella vita politica, giuridica ed economica del Paese (si pensi allo scoppio di una guerra che porta con sé problematiche relative alla svalutazione monetaria, all'aumento dei prezzi e dei costi di produzione, al blocco delle merci e così via)¹⁷⁴.

In effetti, l'aumento del costo dei fattori produttivi dipende nella maggior parte dei casi dalla svalutazione monetaria che opera su scala nazionale, ma ciò non esclude la rilevanza di aumenti che potrebbero verificarsi anche in sede locale¹⁷⁵.

In ordine al terzo requisito, gli aumenti e le diminuzioni del costo dei fattori produttivi e della manodopera, per essere rilevanti ai fini dell'applicazione della presente disciplina, devono eccedere il decimo del prezzo complessivo convenuto.

L'espresso riferimento ad una variazione contenuta entro il decimo del prezzo è indicativa del limite oltre il quale si supera la naturale *alea* dell'appalto¹⁷⁶; con tale espressione si intende fare riferimento al rischio insito in qualunque contratto e

¹⁷³CASELLA, *op. cit.*, p. 74.

¹⁷⁴RUBINO, *La guerra come caso fortuito nell'esecuzione degli appalti*, in *Dir. Giur.*, 1946, 1 ss.; ID, *Svalutazione della moneta e risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Foro it.*, I, 1947, p. 727ss..

¹⁷⁵CASELLA, *ibidem*.

¹⁷⁶Ritiene che l'appalto rientri nella categoria dei contratti "ad aleatorietà impropria", cioè aleatori fino al limite del 10%, MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1946, p. 244.

derivante dalla possibile difformità tra «risultato economico programmato» e quello che «potrà in effetti conseguirsi»¹⁷⁷.

Pertanto, tutte le oscillazioni che non superano tale limite restano a carico della parte che le ha assunte sulla base dei criteri di attribuzione del rischio previsti al momento della stipulazione e restano prive di considerazione.

Con riguardo al 2° comma dell'art. 1665 cod. civ., che disciplina le sopravvenute difficoltà di esecuzione dovute a *sorprese geologiche, idriche o simili non previste dalle parti*, l'applicazione del rimedio manutentivo appare limitata sotto due differenti profili.

Con riguardo alla prevedibilità di tali eventi, il secondo comma della norma in esame utilizza la locuzione "non previste" in luogo di "imprevedibili" contenuta nel primo comma.

Secondo un orientamento minoritario, in questa disposizione il legislatore ha inteso mitigare una delle condizioni dell'azione, richiedendo solo il dato oggettivo della mancata previsione ad opera delle parti. In altri termini, ove tali difficoltà fossero prevedibili, secondo il criterio dell'ordinaria diligenza e perizia, ma nel concreto non siano state previste, l'appaltatore avrebbe comunque diritto alla revisione del prezzo¹⁷⁸.

In questo senso si pone anche una parte della giurisprudenza secondo cui il rimedio di cui all'art. 1664 comma 2° prescinde dall'imprevedibilità delle circostanze sopravvenute e trova applicazione in tutti i casi nei quali le difficoltà di esecuzione, pur essendo prevedibili, non sono state nel concreto previste dai contraenti¹⁷⁹.

La dottrina maggioritaria, tuttavia, ritiene che la diversità linguistica tra le disposizioni del primo e secondo comma, non rifletta una differenza sostanziale e, pertanto, ai fini dell'applicazione del rimedio manutentivo sarebbero rilevanti solo le cause, non solo non previste, ma anche imprevedibili al momento della conclusione del contratto sulla base del criterio della diligenza professionale¹⁸⁰.

¹⁷⁷TERRANOVA, *Appalto privato*, op. cit., p. 265.

¹⁷⁸In questo senso TERRANOVA, op. cit., p. 53 sebbene con riguardo agli appalti pubblici ma con considerazione che l'Autore ritiene vevoli anche nell'appalto privato.

¹⁷⁹Cass. Civ., 10 luglio 1984, n. 4049, in *Giur. Civ.*, 1985, I, p. 84 che assimila l'imprevedibilità alla mancata conoscenza, riconoscendo l'applicazione del rimedio manutentivo anche in caso di circostanze prevedibili ma non previste. In tal senso v. altresì Cass. Civ., 12 marzo 1994, n. 10596, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1995, p. 659.

¹⁸⁰In questo senso v. RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto*, op. cit., p. 315; DE BON, *Appalto privato, cause di scioglimento del contratto*, in *Recesso e risoluzione dei contratti*, DE NOVA (a cura di), Milano, 1994, p. 460.

Anche accogliendo l'interpretazione minoritaria che propone un criterio meno rigoroso, tuttavia, si nota come l'ambito di applicazione di tale disposizione risulti ancor più circoscritto, essendo riferito alle sole sopravvenienze derivanti da *cause geologiche, idriche o simili*, (comunemente definite "sorprese geologiche") cioè operante limitatamente alle sole situazioni derivanti da eventi naturali inerenti al suolo o al sottosuolo, con esclusione di tutte le ipotesi non riconducibili a tali fenomeni.

Anche in relazione a tale disposizione sono sorti accesi dibattiti in ordine alla locuzione "simili" che in passato aveva indotto a ritenere comprese in tale disposizione non solo le cause naturali, ma anche qualunque causa obiettiva diversa da quella naturale, compreso il fatto del terzo, il *factum principis*, o il fatto delle parti purché non imputabile ad alcuna di esse¹⁸¹.

L'attuale orientamento, maggioritario sia in dottrina che in giurisprudenza, propende invece per una interpretazione restrittiva della norma fedele al suo tenore letterale, ritenendo che tutti i fatti diversi dalle cause naturali potrebbero essere fatti rientrare nell'ambito di applicazione del comma primo, ovvero nella disciplina generale dell'eccessiva onerosità¹⁸².

Passando all'esame del terzo requisito, le difficoltà di esecuzione conseguenti a cause naturali, rientrano nella previsione normativa dell'art. 1664, comma 2°, cod. civ., solo quando rendano la prestazione dell'appaltatore «*notevolmente più onerosa*». In ordine al contenuto di tale espressione, si è posto il problema di superare i limiti

¹⁸¹ La dottrina maggioritaria tra cui GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 120; RUBINO-IUDICA, *op. cit.*, p. 336, propendono per una interpretazione restrittiva della norma, ritenendo che la locuzione "simili" debba restare fedele al dato letterale e dunque essere riferita ai soli eventi naturali; in senso analogo si pone anche la giurisprudenza ormai costante a partire dagli anni '80; tra tutte v. Cass., 28 marzo 2001, n. 4463, in *Contratti*, 2001, p. 1134 ss.. Per una più completa ed esaustiva trattazione del dibattito, PISU, *op. cit.*, p. 496.

¹⁸² Si è ritenuto estraneo all'applicazione del secondo comma dell'art. 1664 cod. civ. lo sciopero delle maestranze, in quanto fatto umano estraneo alla disciplina (Cass. 28.03.2001, n. 4463, in *I contratti*, 2001, p. 1134); ancora si è negato l'adeguamento del corrispettivo in caso di *factum principis* dovuto alla chiusura di una discarica pubblica implicante un tragitto più lungo del trasporto per lo smaltimento dei materiali (Cass. 16 gennaio 1986, n. 227, in *Arch. Giur. op. pubbl.*, 1986, p. 901); è stata esclusa l'applicazione della norma in caso di mancata autorizzazione edilizia da parte dell'amministrazione escludendosi così la rilevanza del fatto del terzo (Cass. 26 gennaio 1985, n. 387, in *Foro pad.*, 1985, I, p. 322) ovvero in caso di scoperta di una mina inesplosa nel tratto di mare oggetto di dragaggio da parte dell'appaltatore (Cass. 20 febbraio 1984, n. 1201, in *Arch. Civ.*, 1984, p. 731 con cui si è esclusa la rilevanza del fatto umano). Sull'applicabilità del rimedio dell'eccessiva onerosità v. *infra*.

della sua vaghezza attraverso il confronto con le analoghe espressioni utilizzate dal primo comma dell'art. 1664 cod. civ. e l'art. 1467 cod.civ..

Dal raffronto con il primo comma della medesima disposizione, si è giunti ad affermare che il rimedio può essere accordato anche laddove l'onerosità non superi il limite del decimo del prezzo complessivo¹⁸³; mentre dal confronto con la diversa formula utilizzata dall'art. 1467 cod. civ., si è ritenuto che la locuzione "notevole" sia un *minus* rispetto a quella "eccessiva", per cui l'appaltatore avrebbe diritto all'applicazione del rimedio manutentivo dato dalla riduzione del prezzo anche quando l'onerosità non raggiunga un grado tale da giustificare la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta¹⁸⁴.

Pur non trattandosi di onerosità eccessiva né superiore al decimo del prezzo, tuttavia, dovrà comunque trattarsi «di un aggravio qualificato dall'entità considerevole delle sue ripercussioni sulla prestazione dell'appaltatore» tale da alterare, in misura superiore alla normale *alea* contrattuale, i costi sostenuti per l'esecuzione dell'opera, con conseguente riduzione del margine di guadagno¹⁸⁵.

In tal modo però, si finisce col delineare una nozione assai vaga, assegnando al giudice il compito di accertare caso per caso e secondo il suo prudente apprezzamento quando si possa parlare di notevole onerosità ai fini dell'applicazione della disposizione in esame.

Occorre allora individuare i criteri in base ai quali l'autorità giudiziaria dovrebbe ancorare la propria valutazione. A tal fine, autorevole dottrina ha prospettato l'attuazione di un *criterio proporzionale* che tenga conto della percentuale rappresentata dall'aumento dei costi rispetto all'originario prezzo pattuito, presumendosi che tanto più alto è il prezzo, quanto più alto sarà anche il margine di guadagno per l'appaltatore¹⁸⁶.

Così delineati i principali tratti caratterizzanti la disciplina della sopravvenienza nel contratto d'appalto, viene da chiedersi se la stessa possa costituire un efficace strumento manutentivo di tale rapporto contrattuale.

¹⁸³GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 121.

¹⁸⁴CAGNASSO, *op. cit.*, p. 114.

¹⁸⁵PISU, *op. cit.*, p. 507.

¹⁸⁶PISU, *op. cit.*, p. 508 ove, riportando l'orientamento di autorevole dottrina, rileva che normalmente l'utile per l'appaltatore si attesta nell'ordine del 10% del prezzo complessivo, salvo prova contraria, consistente nell'appurare che l'appaltatore si era riservato un margine di guadagno più elevato.

La *ratio* che ispira la disciplina, come si è visto, non mira a mantenere indenne l'appaltatore da tutte le "difficoltà esecutive", ma solo da quelle espressamente positivizzate dal legislatore, in tal modo potrebbe accadere che, in presenza di altre circostanze non contemplate dalla normativa in esame, egli si veda privato del tutto del suo margine di utile o lavori addirittura in perdita.

D'altra parte l'applicazione in via estensiva dell'art. 1467 cod. civ., non appare comunque soddisfacente, posto che, come si è già avuto modo di osservare, in esso il rimedio manutentivo è previsto solo in via sussidiaria e subordinato alla proposta della parte non onerata¹⁸⁷.

3.3. *Segue. Problemi di coordinamento tra l'art. 1664 cod. civ. e la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*

Si è già avuto modo di rilevare il fatto che l'art. 1664 cod. civ. rappresenta una speciale applicazione in materia di appalto del principio della generale rilevanza nel nostro ordinamento delle sopravvenienze, introdotto dal legislatore del '42 all'art. 1467 cod. civ..

Il problema che si pone in tale ambito è quello del coordinamento tra la norma di portata generale sulla eccessiva onerosità applicabile ad ogni contratto e quella prevista specificamente in relazione al *tipo* appalto.

Dal raffronto tra le due norme emergono alcune differenze strutturali.

1) l'art. 1664 cod. civ. parla di *circostanze imprevedibili o non previste*, mentre l'art. 1467 cod. civ. inserisce anche il requisito della *straordinarietà*;

2) l'art. 1664 cod. civ. prevede il rimedio della *revisione del prezzo*, mentre l'art. 1467 cod. civ. contempla tale rimedio solo in via sussidiaria e subordinata alla volontà della parte non onerata, stabilendo come rimedio principale la *risoluzione* del contratto;

3) l'art. 1664 cod. civ. parla di *notevole onerosità* mentre l'art. 1467 cod. civ. discorre di *eccessiva onerosità* e di superamento dell'*alea normale* del contratto.

¹⁸⁷ Sul punto v. *infra*.

Parte della dottrina ha osservato che le discrepanze presenti sarebbero meramente formali e che tra le due discipline non siano ravvisabili apprezzabili differenze di significato¹⁸⁸.

Altro orientamento, in senso opposto, rileva che imprevedibilità e straordinarietà non siano concetti sovrapponibili: vi possono essere fatti imprevedibili che in concreto possono non essere straordinari e viceversa fatti straordinari, ma non per questo imprevedibili (si pensi ad un terremoto in una zona ad alto rischio sismico).

L'imprevedibilità, dunque, rappresenterebbe un *minus* rispetto alla imprevedibilità e straordinarietà di cui all'art. 1467 cod. civ. e ciò troverebbe conferma nella previsione di un rimedio più blando quale quello della revisione del prezzo a fronte del rimedio più drastico della risoluzione del contratto¹⁸⁹.

Secondo l'orientamento dominante, l'antinomia può facilmente superarsi ove si consideri che tra le due norme esiste un rapporto di genere a specie tale per cui la norma speciale prevista in materia di appalto deroga alla disciplina generale limitatamente alle circostanze sopravvenute in essa previste¹⁹⁰.

L'art. 1664 cod. civ. costituisce, dunque, una speciale applicazione del principio generale dell'eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467 cod. civ., sia pure limitatamente alla *reductio ad aequitatem* e, a differenza della disciplina generale che affida l'operatività del rimedio solo alla scelta della parte non onerata, propone in materia d'appalto la possibilità di esperimento del rimedio anche alla parte gravata dalla sopravvenienza, conferendo così all'istituto buone capacità di adattamento¹⁹¹ - per quanto esso si possa realizzare solo in sede giudiziale e solo in relazione a taluni eventi- .

¹⁸⁸CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979, p. 80.

¹⁸⁹CASELLA, *op. cit.*, p. 77.

¹⁹⁰Cass. civ., 19 marzo 1980, n. 1818, in *Rep. Foro it.*, 1980, *Appalto*, n. 31. In dottrina l'opinione è condivisa da RUBINO-IUDICA, *op. cit.*, p. 301; MASCARELLO, *Il contratto d'appalto*, Milano, 2002, p. 198; RESCIGNO, voce *Appalto*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, p. 8; CARNEVALE, *Appalto privato*, in *Rassegna di giurisprudenza commentata*, JANNUZZI (diretta da), I, Milano, 1977, p. 256. Secondo altro orientamento, tuttavia, la norma non potrebbe trovare applicazione in ordine al contratto d'appalto proprio a causa della specialità dell'art. 1664 cod. civ., rispetto alla disciplina generale. In questo senso v. MIRABELLI, *Commentario al codice civile. Dei singoli contratti*, Torino, 1968, p. 447; BIAMONTI, *Sulla eccessiva onerosità sopravvenuta nel corso di concessioni amministrative di servizi e di appalti pubblici*, nota a Coll. Arbitr. 23 giugno 1948, *Foro it.*, 1949, I, p. 772 ss..

¹⁹¹PISU, *op. cit.*, p. 467-468 e p. 512 alla cui illustrazione dell'ampio dibattito dottrinario in questa sede è necessario rimandare.

Corollario di tale impostazione è che, in presenza dei presupposti qualitativi e quantitativi delineati dall'art. 1664 cod. civ. la parte gravata dalla sopravvenienza non possa scegliere in via alternativa di esperire il rimedio risolutorio di cui all'art. 1467 cod. civ., ma debba necessariamente avvalersi della disciplina prevista dal contratto tipico¹⁹².

Da ciò consegue, secondo la tesi dominante in dottrina e in giurisprudenza, che la previsione di cui all'art. 1664 cod. civ. non preclude l'applicazione dell'art. 1467 cod. civ. che resta operante in via sussidiaria e residuale con riferimento alle ipotesi non contemplate dalla norma speciale¹⁹³.

Si segnala, peraltro, un orientamento minoritario che ritiene l'art. 1467 cod. civ. possa applicarsi all'appalto solo limitatamente ai casi in cui esso si qualifichi come contratto di durata o ad esecuzione differita e, in quest'ultimo caso, sempre che le sopravvenienze si verifichino prima dell'inizio dell'esecuzione. L'Autore spiega il suo convincimento in ragione della scarsa attitudine del rimedio ablativo a soddisfare le esigenze tipiche sottese al contratto d'appalto, prima fra tutte quella ad una corretta esecuzione del rapporto, che risponde all'interesse di entrambi i contraenti e che trova riscontro nel generale sfavore del legislatore per tutte le forme di risoluzione del contratto in esame. Gli effetti retroattivi dello scioglimento del contratto, infatti, fanno del rimedio risolutorio uno strumento tecnicamente inconcepibile negli appalti immobiliari e gravemente pregiudizievole per l'appaltatore negli appalti mobiliari, cosicché tale rimedio non può essere accordato in via generale per tutte le ipotesi non contemplate dall'art. 1664 cod. civ.¹⁹⁴.

La tesi appare convincente ove si consideri che se si potesse invocare qualunque fatto sopravvenuto per liberarsi dal vincolo contrattuale, ciò costituirebbe un facile

¹⁹² Il legislatore ha forse tenuto conto della finalità di ovviare all'applicazione del rimedio ablativo, previsto in via generale, prevedendo un rimedio manutentivo in relazione al contratto d'appalto che per la sua particolare natura merita di essere tenuto in vita, tanto nell'interesse dei contraenti, quanto nell'interesse economico generale. In questo senso v. RUBINO-IUDICA, *op. cit.*, p. 302; RUBINO, *op. cit.*, p. 698; TOMMASINI, voce *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1989, p. 115. In giurisprudenza v. Cass., 5 febbraio 1987, n. 1123, in *Rep. Foro it.*, 1987, *Appalto*, n. 46-47; Cass., 2 agosto 1984, n. 4603, in *Rep. Foro it.*, 1984, *Appalto*, n. 15; Cass., 10 luglio 1984, n. 4049, in *Giust. Civ.*, 1985, I, p. 84.

¹⁹³ RUBINO-IUDICA, *op. cit.*, p. 303.

¹⁹⁴ L'orientamento è espresso da RUBINO, *op. cit.*, p. 698, secondo il quale i casi non contemplati dall'art. 1664 cod. civ., rappresentano ipotesi residuali e assolutamente marginali.

modo per rivalutare l'utilità economica dell'affare concluso, abusando così dello strumento risolutorio per ragioni di mera convenienza¹⁹⁵.

Ciò nondimeno può accadere che nella realtà di verificchino fatti non contemplati dalla normativa in esame o che, pur previsti, rientrano nell'*alea* normale del contratto o comunque entro i limiti qualitativi e quantitativi previsti dalla legge e che, pur non rilevando giuridicamente, rendano «*pessimo un contratto ieri ottimo*»¹⁹⁶. Volendo esemplificare e senza pretesa di esaustività, è indubbio che le clausole di un contratto d'appalto per la costruzione di un impianto elettrico risultano sempre più obsolete man mano che il progresso tecnico-scientifico consente di offrire sul mercato nuovi materiali sempre più all'avanguardia. Si osserva, peraltro, che in questo caso il fatto sopravvenuto rappresentato dall'obsolescenza, pur alterando l'equilibrio tra le prestazioni, rientra nell'*alea* normale del contratto, pertanto non potrebbe dar luogo all'applicazione del rimedio risolutorio¹⁹⁷.

Quale rimedio è possibile esperire dunque in presenza di tali circostanze al fine di assicurare la corretta esecuzione del contratto in condizioni di equilibrio tra le prestazioni dei contraenti?

Vedremo nella successiva indagine quali strumenti possono inserire le parti nel loro programma negoziale e se gli stessi possano essere considerati un efficace strumento manutentivo.

4. *I rimedi convenzionali nella gestione delle sopravvenienze:cenni e rinvio*

L'allocazione convenzionale del rischio contrattuale risulta senz'altro il rimedio più semplice ed immediato per risolvere la questione della sopravvenienza. Le parti, infatti, nell'esercizio dell'autonomia privata, possono inserire nel contratto le clausole che ritengono più rispondenti al soddisfacimento dei loro interessi.

Non di rado, l'esercizio dei poteri di autonomia ha svolto una funzione integrativa ed innovativa dei modelli proposti in linea generale e astratta dall'ordinamento, che spesso si rivelano inadeguati al mercato reale e alle sue continue trasformazioni.

¹⁹⁵ AMORE, *op. cit.*, 48.

¹⁹⁶ Così testualmente SACCO-DE NOVA, *Il Contratto*, II, *op. cit.*, p. 686.

¹⁹⁷ Una recente dottrina, a questo riguardo, ipotizza la configurabilità di un obbligo legale di rinegoziazione. Sul punto AMORE, *op. cit.*, p. 50.

Si avrà modo di verificare, nel prosieguo dell'indagine, quali strumenti possano essere utilizzati dalle parti a tale scopo, cercando di rinvenirli sia nell'ambito del diritto interno che in quello internazionale, in cui i contratti di durata hanno assunto un largo impiego mettendo in luce l'esigenza di individuare un efficace strumento di revisione piuttosto che di scioglimento del vincolo obbligatorio.

In questo ambito la più limitata serie di regole e principi inderogabili, ancorati più alla tutela dell'ordine pubblico internazionale che interno, contribuisce a spiegare il perché la gestione convenzionale dell'*alea* contrattuale nel mercato internazionale tenda a superare alcune barriere che sembrano invalicabili nei contratti nazionali¹⁹⁸.

L'indagine in questo ambito non appare superflua ove si consideri che il sistema dei contratti, costruito sulla base di una netta separazione tra contratto interno e contratto internazionale, ha subito negli ultimi decenni delle turbolenze che hanno condotto alla progressiva caduta della tradizionale barriera di separazione, inclinando il dogma dell'autosufficienza delle regole di ciascun sistema e indebolendo il pregiudizio della loro reciproca incompatibilità¹⁹⁹.

In un contesto nel quale il diritto dei contratti si avvia a divenire un sistema di normazione generale – come testimonia la proposta di redazione di un Codice Europeo dei contratti - nasce l'esigenza di individuare regole comuni con le quali fronteggiare il problema delle sopravvenienze da cui derivi il perturbamento dell'originario equilibrio economico-giuridico del contratto.

¹⁹⁸COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in AA.VV. *Inadempimento, adattamento, arbitrato – Patologie del contratto e rimedi*, in *Diritto e prassi degli scambi internazionali*, contributi raccolti da DRAETTA-VACCÀ Milano, 1992, p. 313

¹⁹⁹CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 10-11, secondo il quale il diritto dei contratti si avvia a diventare sempre più normazione generale di una realtà complessa composta da sottospecie qualificate e distinte.

Capitolo terzo

La revisione del contratto

1. *I rimedi convenzionali nella gestione delle sopravvenienze: le clausole compromissorie, l'arbitraggio, le clausole di indicizzazione, il ius variandi, l'hardship e le clausole di rinegoziazione*

Il rimedio più semplice e immediato, ai fini della costruzione di un rapporto contrattuale flessibile, è quello di lasciare alle parti il compito di preoccuparsi del futuro del contratto, dotandolo degli elementi che appaiono più adeguati al mutare delle circostanze.

L'allocazione convenzionale del rischio contrattuale risulta senz'altro il rimedio più semplice ed immediato per risolvere la questione della sopravvenienza. Le parti infatti nel libero esercizio dell'autonomia privata, possono inserire nel contratto clausole compromissorie, di arbitraggio, di adeguamento, di *ius variandi*, di *hardship* o ancora clausole di rinegoziazione.

Per verificare la loro efficacia, occorrerà procedere con ordine analizzando in relazione a ciascuna di esse la natura e i limiti della loro portata.

Come noto, le parti hanno la possibilità di inserire nel contratto la c.d. clausola compromissoria, con la quale si impegnano, in caso di controversia, a deferire la decisione a uno o più arbitri, giudici privati nominati dalle stesse o comunque scelti nel modo da esse concordato, cui viene attribuito il potere di giudicare e risolvere una controversia avente ad oggetto diritti disponibili attraverso una decisione (lodo) vincolante, resa al termine di un processo che si svolge con le garanzie del contraddittorio. All'uopo occorre distinguere tra arbitrato rituale, la cui disciplina è espressamente sancita dal codice di rito (art. 806 ss c.p.c.) e in cui la decisione espressa dagli arbitri ha un'efficacia per certi aspetti assimilabile a quella della sentenza, e l'arbitrato irrituale (art. 808 *ter* c.p.c.), in cui le parti attribuiscono agli arbitri il potere di definire la controversia mediante determinazione contrattuale (una sorta di mandato a transigere)²⁰⁰.

Ebbene, nei limiti in cui le parti abbiano optato per la definizione della lite mediante «determinazione contrattuale» si potrebbe pensare di poter realizzare una revisione del contratto attraverso la decisione di un organo terzo. Tuttavia, la funzione del lodo irrituale (al pari di quello rituale) è pur sempre quella di definire

²⁰⁰Per una più dettagliata descrizione di tale strumento si rinvia a PUNZI, *Il processo civile, sistema e problematiche, I procedimenti speciali e l'arbitrato*, Vol. III, Torino, 2010, p. 172 ss..

una lite insorta tra le parti attraverso l'estinzione del rapporto, mediante un sistema di reciproche concessioni, al pari, dunque, dello strumento risolutorio²⁰¹.

Più precisamente, è stato affermato che per effetto del patto compromissorio irrituale, la controversia giuridica, ormai estinta, subirebbe una metamorfosi e trasmuterebbe in un mero contrasto economico, per cui compito dell'arbitro sarebbe quello di determinare il prezzo della transazione²⁰², senza alcuna possibilità di prosecuzione del rapporto contrattuale.

Appurata, dunque, l'impossibilità di considerare il ricorso alla clausola compromissoria (rituale e irrituale) come un efficace strumento di manutenzione del rapporto contrattuale, possiamo ad esaminare gli altri strumenti messi a disposizione dall'ordinamento al servizio dell'autonomia privata.

Altra possibilità potrebbe essere quella di fare ricorso al c.d. *contratto per relationem* ai fini della determinazione dell'oggetto del contratto²⁰³, onde pervenire ad una determinazione più completa che tenga conto delle eventuali sopravvenienze. In questo caso il contratto con oggetto determinabile *per relationem* deve indicare gli elementi necessari ad identificarlo in una fonte esterna al contratto, oppure la sua identificazione può essere rimessa alla determinazione di un terzo (art. 1349 cod. civ.).

L'arbitraggio ad opera del terzo deve seguire analogo principio e, cioè, deve avvenire sulla base di elementi precedentemente indicati dalle parti e la decisione deve essere assunta secondo il suo equo apprezzamento, salvo che la determinazione sia rimessa al suo mero arbitrio.

Tuttavia, anche laddove si tratti di determinazione rimessa al mero arbitrio, il terzo non è libero di effettuare scelte irrazionali, anche se sarà esonerato dall'obbligo di motivazione circa l'*iter* logico seguito e ciò in ragione della particolare fiducia che le parti ripongono nel suo operato²⁰⁴.

Le perplessità che sorgono in relazione a tale strumento riguardano il fatto che con esso le parti deferiscono ad un terzo il compito di determinare l'oggetto del loro

²⁰¹PUNZI, *op. cit.*, p. 270 il quale sottolinea la natura negoziale dell'arbitrato irrituale interamente fondato sull'autonomia privata, in contrapposizione a quello rituale, qualificato come equivalente giurisdizionale.

²⁰²Assimila l'arbitrato irrituale alla transazione VASETTI, voce *Arbitrato irrituale*, in *Nov. Dig. it.*, Vol. I, 2, Torino, 1957, p. 846 ss..

²⁰³ROPPO, *Il contratto*, p. 349.

²⁰⁴ROPPO, *op. cit.*, p. 350.

contratto prima che sia portato ad esecuzione, laddove ciò che si va ricercando in questa indagine è uno strumento in grado di adeguare alle sopravvenute circostanze, un contratto che è già in corso di esecuzione e il cui oggetto è già stato individuato.

Altra modalità convenzionale di manutenzione del contratto è rappresentata dalle *clausole di indicizzazione*, con le quali si opera la revisione automatica del contratto adeguando i corrispettivi pattuiti al mutato potere d'acquisto della moneta, secondo parametri predeterminati in sede di stipulazione (si pensi agli indici ISTAT).

Trattasi di clausole che realizzano un adeguamento automatico del prezzo del contratto in funzione dell'evoluzione nel tempo di certi indici di riferimento, senza che sia necessario che le parti manifestino un nuovo consenso al riguardo²⁰⁵.

Anche tali strumenti, che pur si prestano ad un adeguamento del corrispettivo originariamente pattuito, tuttavia, presentano il limite di potersi riferire solo ad obbligazioni pecuniarie, e nell'ambito di queste, mal si conciliano con l'eventualità che si realizzino squilibri di entità notevolmente superiore rispetto ai parametri prestabiliti, per cui anche il riferimento a tale strumento non appare soddisfacente.

Analogo strumento manutentivo di fonte convenzionale può essere individuato nello *ius variandi* con cui si attribuisce al titolare il potere di mutare unilateralmente il contenuto del contratto introducendo le modifiche che appaiono di volta in volta più convenienti in base alle circostanze²⁰⁶.

Tale strumento, tuttavia, pone il problema di impedire eventuali abusi determinati da modificazioni contrattuali unilaterali del tutto arbitrarie.

A fronte di un orientamento restrittivo teso a ricondurre tali clausole sotto l'alveo della nullità²⁰⁷ altra tesi osserva che le clausole di *ius variandi* possono essere

²⁰⁵ INZITARI, *Clausole monetarie*, in *La moneta. La valuta*, in *Tratt. Dir. Comm.*, GALGANO (diretto da), Vol. VI, Padova, 1983, p. 139; TARTAGLIA, *L'adeguamento del contratto alle oscillazioni monetarie*, Milano, 1987.

²⁰⁶ ROPPO, *op. cit.*, p. 555.

²⁰⁷ Parte della dottrina ha sostenuto la tesi della nullità per contrarietà all'ordine pubblico delle clausole di *ius variandi*, e ciò ancorché esse siano frutto della libera determinazione delle parti, in quanto sarebbero in ogni caso lesive degli interessi della parte debole del rapporto. La tesi trae le proprie argomentazioni dal fatto che l'ordinamento conosce anche le c.d. nullità di protezione che, se impugnate dalla parte debole, travolgono l'efficacia della clausola medesima. In questo senso, NIVARRA, *Ius variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. Dir. Civ.*, II, 2000, p. 463; PAGLIANTINI, *Indeterminabilità dell'oggetto, giudizio di nullità e contratto di agenzia: verso l'inefficacia delle clausole di modificazione unilaterale del contratto?*, in *Giust. Civ.*, I, 1998, p. 2895; SCARANO, *Ius variandi del rapporto contrattuale nei contratti a tempo indeterminato con il consumatore*, in *Comm al capo XIV bis del Codice Civile: dei contratti del consumatore*, BIANCA-BUSNELLI (a cura di), Padova, 1999, p. 503; SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (ius variandi) del rapporto contrattuale*, in *Giur. Comm.*, I, 1992, p. 18. Contra ROPPO, *op. cit.*, p.

utilizzate ma con cautela precisando che, a seconda dei casi, esse possono costituire un efficace meccanismo atto a «*sistemare in modo efficiente, ragionevole, equilibrato gli interessi delle parti e, segnatamente l'interesse della parte che in apparenza lo subisce*»²⁰⁸.

Così a titolo esemplificativo, il committente inesperto può trarre beneficio dalle modifiche apportate dal più competente appaltatore che si rendono via via necessarie per la migliore riuscita dell'opera. La tesi in esame considera lo *ius variandi* uno strumento utile, soprattutto nelle materie *fluide*, soggette a mutamenti che possono richiedere adeguamenti successivi nell'interesse comune dei contraenti²⁰⁹, così come avviene nel contratto d'appalto.

Pertanto, ai fini della validità di tali clausole, la dottrina in commento distingue a seconda che il diritto sia attribuito ad una parte nell'interesse esclusivo dell'altra – nel qual caso è considerato sicuramente lecito – ovvero sia posto nell'esclusivo interesse della parte abilitata ad esercitarlo. In quest'ultimo caso, per la sua validità è necessario che il contratto indichi i criteri e i limiti idonei ad «imbrigliare» l'arbitrio del titolare, così da tutelare la controparte da modifiche ad essa pregiudizievoli²¹⁰.

I limiti del ricorso a tale strumento sono evidenti: l'attribuzione ad una sola parte del potere di modificare il contratto in base alle mutate circostanze non può costringere chi lo subisce ad accettare i nuovi termini dell'accordo, ben potendo la controparte optare in ogni caso per lo scioglimento del vincolo, attraverso l'esercizio del diritto di recesso, con conseguente sacrificio della salvezza del contratto.

Si osserva al riguardo che il recesso del committente, in tale circostanza, non dovrebbe rientrare nell'ambito della disciplina di cui all'art. 1671 cod. civ. che prevede, in caso di recesso *ad nutum*, il pagamento nei confronti dell'appaltatore «delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno»; in tale ipotesi, infatti, il recesso è giustificato dall'altrui esercizio dello *ius variandi* per cui il recedente sarebbe tenuto a corrispondere il valore delle opere eseguite nei limiti in cui siano per lui utili (art. 1672 cod. civ.). Laddove, invece, lo *ius variandi* fosse

557 secondo cui, invece, proprio dalla disciplina normativa che, in materia di contratti dei consumatori e di subfornitura, vieta le clausole di *ius variandi* devono trarsi argomenti contrari, sostenendo che tale divieto «*ha senso solo sul presupposto che tali clausole siano in linea di principio lecite: se fossero ex se nulle, le norme appena citate sarebbero assurde, o superflue*».

²⁰⁸ROPPO, *op. cit.*, p. 557.

²⁰⁹ROPPO, *op. cit.*, p. 558.

²¹⁰La distinzione è operata da ROPPO, *op. cit.*, p. 558.

attribuito al committente, l'appaltatore che dovesse scegliere di recedere dal contratto perderebbe gran parte del suo investimento, potendo tutt'al più ottenere un'equa indennità (art. 1660, comma 2, cod. civ.)²¹¹.

Restano da esaminare alcune clausole, elaborate e diffuse soprattutto nella prassi dei contratti internazionali, ossia quelle di *hardship* che mettono in moto tecniche adeguatrici diverse da un contratto all'altro, al fine di adattarsi meglio alle esigenze dei singoli settori di attività in cui i contratti internazionali di durata vengono ad inserirsi.

Con esse le parti si impegnano, a seguito di un mutamento sensibile dell'equilibrio del contratto, a provvedere in vario modo all'adeguamento di quest'ultimo²¹².

Tra le modalità con le quali si può procedere alla revisione, assai diffusa nella prassi è la previsione dell'obbligo di rinegoziazione dei profili contrattuali investiti dalle sopravvenienze, che può svolgersi mediante la partecipazione delle stesse parti al procedimento, ovvero attraverso l'attribuzione ad un organo terzo del compito di ristabilire la situazione economica originaria²¹³.

La fonte di tale obbligo di rinegoziazione è, dunque, da ricercare nella stessa volontà manifestata dai contraenti in ragione della richiamata esigenza di salvaguardia degli effetti del contratto: tale esigenza, superando il vaglio del giudizio di meritevolezza di tutela, non può non trovare ristoro nel nostro ordinamento²¹⁴.

²¹¹Tali considerazioni si ricavano da ROPPO, *op. cit.*, p. 557 ove l'Autore afferma che: «*mentre le clausole di recesso, che consentono di sciogliere unilateralmente il contratto sono ammesse in via generale (art. 1373), nessuna norma analogamente legittima clausole che ne consentono l'unilaterale modifica*». Ciò dipende dal fatto che l'unilaterale *ius variandi* di una parte, espone l'altra alla sorpresa e all'arbitrio e ciò giustifica la possibilità di esercitare sempre il diritto di recesso.

²¹²Sul punto GENTILI, *op. cit.*, p. 704 ss., ha individuato, in relazione alle fonti della rinegoziazione, tre distinte specie: in un primo caso, la rinegoziazione è frutto di una libera e concorde scelta delle parti che decidono spontaneamente di porre in essere le trattative necessarie ad adeguare il contratto alle nuove circostanze; in altri casi, non molto numerosi, esso è previsto dalla legge, come ad esempio in materia di appalto; in una terza serie di casi esso costituisce l'oggetto, facoltativo o vincolato, di una clausola del contratto. La varietà di disciplina tra le diverse specie depone nel considerare la rinegoziazione una fattispecie empirica più che un vero istituto. Riguardo la prima ipotesi, il problema della sua natura è facilmente superabile considerando che essa non si distingue da qualunque altra trattativa. Nella seconda ipotesi, come è stato analizzato, la legge prevede, in taluni casi di sopravvenienze imprevedibili, dei criteri di rideterminazione dell'equilibrio contrattuale alterato dall'imprevisto. Infine nella terza ipotesi rientrano le clausole di rinegoziazione di cui ci si occupa in questa sede.

²¹³CIRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento del contratto commerciale internazionale*, in *Contr. Impr. Eur.*, 1998, p. 755 ss..

²¹⁴COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, *op. cit.*, p. 314, secondo cui attraverso tale previsione pattizia, il contratto verrebbe ad essere modificato anche in

Tanto più che il principio di conservazione degli effetti del contratto risponde ad una logica comune ai Paesi di *civil law* e *common law* ed è stato recepito anche in materia di diritto uniforme dalla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili ove, all'art. 25 viene sancito che «lo scioglimento del contratto rappresenta un rimedio estremo e come tale deve essere utilizzato solo quando viene a mancare la possibilità di una sua attuazione in ragione degli interessi da soddisfare»²¹⁵.

Dal punto di vista strutturale le clausole di *hardship* si presentano composte da due parti: nella prima, vengono indicati gli *eventi* in presenza dei quali le clausole sono chiamate ad operare e nella seconda, sono individuati gli *effetti* destinati a prodursi a seguito del verificarsi delle circostanze indicate e le relative procedure da seguire per rinegoziare il contratto²¹⁶.

Riguardo al contenuto, le clausole possono riguardare eventi di carattere economico, monetario, politico o tecnologico. La clausola può essere redatta in modo generico, così da rendere possibile l'applicazione della stessa al maggior numero possibile di casi; o specifico, cioè individuando sotto forma di veri e propri elenchi, i singoli avvenimenti che possono verificarsi in un dato settore di affari.

Nel primo caso, parte della dottrina ritiene che una clausola di tale tenore avrebbe il pregio di esprimere la volontà delle parti di procedere all'adeguamento del contratto in tutti i casi di squilibrio sostanziale dell'economia del contratto²¹⁷.

Altro orientamento, invece, dubita della loro validità, poiché l'obbligo generico in esse indicato non sarebbe coercibile per l'eccessiva vaghezza del contenuto, da cui discenderebbe la sanzione della nullità per indeterminatezza o indeterminabilità della prestazione²¹⁸.

presenza di quelle circostanze, previste dai contraenti, che non siano qualificabili come straordinarie ed imprevedibili e quindi non eccedenti l'*alea* normale del contratto. *Contra* CIRIELLI, *op. cit.*, p. 758 il quale invece sottolinea che deve trattarsi di circostanze imprevedibili. Sul punto, molto si discute in dottrina, anche se appare superfluo osservare che un evento è imprevedibile quando nessuno può prevederlo.

²¹⁵COSTANZA, *op. cit.*, p. 315

²¹⁶CIRIELLI, *op. cit.*, p. 757 ss..

²¹⁷MACARIO, *op. cit.*, p. 337.

²¹⁸RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto privato italiano*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato: patologie dei contratti e rimedi*, in *Diritto e prassi degli scambi internazionali*, contributi raccolti da DRAETTA-VACCÀ, Milano, 1992, p. 305 secondo cui «Le clausole che rinviando a determinazioni future delle parti o di terzi una o più specificazioni del contenuto del contratto debbono invero rivestire carattere di certezza in ordine ai criteri alla stregua dei quali deve compiersi la relatio e ai modi della loro operatività».

Sotto altro profilo, si soggiunge che la genericità di una clausola così redatta sarebbe da considerare lesiva anche per il fatto che si presterebbe a facili abusi da parte di chi, pur avendo assunto l'obbligo di rinegoziare, approfitti della sua genericità per modificare il contratto nel senso a sé più favorevole, ovvero elaborando proposte modificative talmente irragionevoli da non poter essere accettate dalla controparte²¹⁹, realizzando così una condotta contraria al canone di buona fede.

Una tale evenienza potrebbe essere scongiurata, secondo alcuni, facendo ricorso alla c.d. buona fede integrativa, che consentirebbe di colmare la lacuna contrattuale, determinando il contenuto e le modalità dell'obbligo rinegoziativo, impedendo alle parti di approfittare surrettiziamente della genericità della previsione negoziale²²⁰. Ma tale procedimento ermeneutico richiede necessariamente l'opera dell'interprete chiamato ad integrare il regolamento negoziale onde ristabilire l'originario equilibrio e ciò costituisce, secondo gran parte della dottrina, il limite di tale impostazione²²¹.

Gli effetti distorsivi dovuti alla genericità della clausola di *hardship*, potrebbero essere evitati, allora, attraverso un'elaborazione dettagliata del loro contenuto, consistente nell'indicazione particolareggiata delle sopravvenienze rilevanti e delle modalità e procedure da seguire per la modifica del contratto.

Si parla in questo caso, di clausole a contenuto specifico le quali presentano in apparenza il pregio di ridurre le occasioni di conflitto e il conseguente possibile contenzioso giudiziario. Tuttavia, l'indicazione, pur analitica delle sopravvenienze, non esaurirebbe tutta la rosa di possibili circostanze che potrebbero realmente verificarsi, con la conseguenza che residuerebbero delle zone d'ombra in relazione alle quali si innescherebbero, analogamente alle clausole con contenuto generico, margini di incertezza nella vicenda negoziale.

Inoltre, non si può escludere che anche innanzi a clausole specifiche, le parti possano non accordarsi sulla loro interpretazione, che rappresenta sempre il nodo

²¹⁹CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 128.

²²⁰CESÀRO, *op. cit.*, p. 55, nt. 42 secondo cui «Le limitazioni all'esercizio dei poteri discrezionali vengono realizzate dalla buona fede attraverso la previsione di doveri e regole di condotta che le parti avevano ommesso di prevedere, ma consentono la corretta attuazione del rapporto». La tesi è condivisa da NANNI, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contr. Impr.*, 1994, p. 475; ID., *La buona fede contrattuale. I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Collana diretta da GALGANO, Padova, 1988, p. 336.

²²¹Sul punto v. *infra*.

cruciale sulle quali le parti in disaccordo vengono a scontrarsi; cosicché nulla esclude che si possa verificare un conflitto anche in ordine all'accertamento della corrispondenza tra la previsione contrattuale e le sopravvenienze nel concreto verificatesi; ciò, anche tenuto conto del fatto che, secondo l'orientamento prevalente, gli eventi previsti devono essere intesi in senso tassativo e non estensivo, ragion per cui le clausole dovrebbero essere interpretate restrittivamente²²².

Con riguardo agli effetti, le clausole di *hardship* prevedono, in relazione al tipo di evento, la sospensione temporanea degli effetti del contratto (limitata nel tempo, cioè fino a quando la causa perdura) oppure la rinegoziazione dei termini economici dell'accordo: si parla, in questo caso, di *obbligo di rinegoziazione*, sulla cui natura si registrano opinioni variegate.

Si tratterebbe, secondo i più di una obbligazione di mezzi e non di risultato, essendo le parti soltanto tenute a condurre in buona fede le trattative necessarie, offrendo prova di buona volontà nella condotta, ma non anche a raggiungere un nuovo accordo²²³.

Corollario di tale impostazione è che, trattandosi di obbligazione di mezzi, il mancato raggiungimento di un accordo non costituirà inadempimento e il contratto continuerà ad esplicare i suoi effetti nei termini originariamente convenuti, salvo che le parti non abbiano previsto che in caso di disaccordo possa farsi ricorso allo strumento risolutorio²²⁴.

L'assunto non viene condiviso da chi considera che il contraente adempiente, di fronte ad una prestazione (quella rinegoziativa) non eseguita o eseguita in mala fede, può essere in ogni caso garantito dalla tutela risolutoria che trova puntuale applicazione laddove ricorrano i presupposti, nonché da quella risarcitoria, autonoma o accessoria rispetto alla prima²²⁵.

Si osserva, peraltro, come una tale conclusione lasci un senso di insoddisfazione sia nei riguardi del creditore della prestazione rimasta inadempita,

²²²Di questo avviso sono CESÀRO, *op. cit.*, p. 150; COSTANZA, *op. cit.*, p. 315.

²²³CIRIELLI, *op. cit.*, p. 763.

²²⁴CIRIELLI, *ibidem*.

²²⁵CESÀRO, *op. cit.*, p. 243; in giurisprudenza non è difficile trovare casi nei quali, sebbene le parti avessero inserito nel contratto clausole di adeguamento, esse non risultavano nel concreto sufficienti per fronteggiare la sopravvenienza. Si richiama al proposito Cass., 19 giugno 1981, n. 4249, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2133 con nota di PARDOLESI, in cui la Corte ha ritenuto possibile giungere a risoluzione del contratto nonostante le parti avessero inserito in esso delle clausole di adeguamento.

sia nei confronti dell'interprete che vada ricercando un possibile strumento manutentivo del rapporto, tenuto conto che la stessa previsione delle clausole di *hardship* ha come obiettivo la conservazione degli effetti del contratto e il mantenimento del suo equilibrio.

Occorre allora verificare se, in alternativa alla risoluzione del contratto per inadempimento, sia possibile riconoscere una tutela diversa che garantisca, seppure in via giudiziaria, il mantenimento del rapporto.

2. Riflessioni sul possibile intervento giudiziale nella vicenda rinegoziativa

I motivi di insoddisfazione originati dalla possibilità di ciascuna parte di domandare la risoluzione del contratto a fronte del fallimento della procedura rinegoziativa, potrebbero essere superati attraverso il ricorso all'intervento dell'organo giurisdizionale.

A questi fini, occorre verificare se sia possibile, su iniziativa della parte adempiente, l'esperimento di un simile rimedio considerando che il nostro ordinamento ammette la possibilità per l'autorità giudiziaria di costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa (art. 2908 cod. civ.), senza peraltro consentire un intervento diretto sul contenuto di tale rapporto²²⁶.

Per tale via, autorevole dottrina è giunta a rigettare ogni possibilità di intervento giudiziale sul contenuto del contratto affermando che tra i compiti e le funzioni attribuiti all'organo giurisdizionale è certamente da escludere il potere di pronunciare sentenze determinative dirette ad integrare rapporti contrattuali già esistenti.

Prima di scartare a priori ogni possibilità di ricorso a tale rimedio, occorre segnalare che se è vero in linea generale che il potere di apportare modificazioni al contratto da parte del giudice presenta natura eccezionale, in considerazione del fatto che i rapporti tra privati devono essere regolati esclusivamente dalla loro volontà, è vero anche che è possibile individuare nella stessa disciplina in materia di

²²⁶CESÀRO, *op. cit.*, p. 245.

sopravvenienze, delle singole fattispecie in cui il giudice è chiamato ad esercitare le suddette funzioni determinative²²⁷.

Argomenti a sostegno si traggono anche dalla disciplina in tema di arbitraggio di cui all'art. 1349 cod. civ., ove nell'attribuire la possibilità alle parti di deferire al terzo arbitratore la determinazione di una delle prestazioni, si prevede che egli è tenuto a procedere secondo il suo *equo apprezzamento*, a meno che non risulti la volontà di rimettersi al suo mero arbitrio.

Ebbene, da tale disposizione la giurisprudenza ha fatto discendere in passato il fondamento della analoga possibilità delle parti di domandare al giudice, nell'esercizio delle funzioni di interprete ed esecutore della volontà contrattuale, di procedere alla determinazione di un elemento del rapporto negoziale, non in modo arbitrario ma sulla base del criterio dell'*equo apprezzamento*²²⁸.

Secondo altro orientamento, tuttavia, la tesi non può essere condivisa in modo assoluto, ritenendo opportuno operare una distinzione tra le ipotesi in cui l'obbligo di rinegoziare sia formulato in modo generico, lasciando le parti libere di accordarsi successivamente, e quelle in cui siano indicati esattamente i presupposti e i criteri sulla base dei quali giungere al nuovo accordo²²⁹.

Solo in quest'ultimo caso sarebbe possibile l'intervento dell'organo giurisdizionale: l'attività delle parti, in questa ipotesi non rivestirebbe natura negoziale ma costituirebbe mero atto esecutivo che non impedirebbe l'intervento determinativo da parte del giudice²³⁰.

A conclusioni ancora più estreme giunge altra parte della dottrina che, sul presupposto che le clausole di rinegoziazione possano configurarsi come patti

²²⁷CESÀRO, *op. cit.*, p. 257 il quale, a titolo esemplificativo, ricorda le ipotesi in cui il giudice è tenuto a determinare il corrispettivo del contratto d'appalto (art. 1657 cod. civ.), a procedere a revisione del canone enfiteutico (art. 962 cod. civ.), a modificare il canone di locazione in caso di sopravvenuta modifica normativa (art. 2622 cod. civ.). La tesi trae ulteriore linfa dalla circostanza che in più occasioni la giurisprudenza ha in passato riconosciuto la possibilità di intervento del giudice nella determinazione dell'*equo prezzo* quando l'integrazione dell'offerta formulata in termini generici fosse possibile sulla base degli elementi acquisiti agli atti del processo. In giurisprudenza v. Cass. 18 luglio 1989, n. 3347, in *Foro it.*, 1990, I, c. 564; Cass. 25 maggio 1991, n. 5922, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Contratto in genere*, n. 359.

²²⁸Cass., 23 maggio 1985, n. 3109, in *Mass. Giur. Civ.*, 1985.

²²⁹La necessità di procedere a tale distinzione è sostenuta da GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1994, p. 819; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, SCIALOJA-BRANCA (a cura di), art. 1321-1352, Bologna-Roma, 1970, p. 362; BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Dir. Civ.*, diretto da VASSALLI, Torino, 1972, p. 461.

²³⁰In questo senso CESÀRO, *op. cit.*, p. 261 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Cod. civ.*, Torino, 1980, p. 181; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, *op. cit.*, p. 362.

preliminari, arriva ad affermare che la conseguenza di un eventuale inadempimento non sarebbe limitata al solo ristoro del danno, ma potrebbe ricevere la tutela in forma specifica dell'obbligo di contrarre di cui all'art. 2932 cod. civ.²³¹.

L'orientamento non viene condiviso da chi ritiene che la clausola di rinegoziazione non faccia sorgere un vero e proprio obbligo «a contrarre», bensì solo l'obbligo «di contrarre», ossia di condurre la trattativa modificativa secondo il canone della buona fede *in executivis*. La mancata osservanza di tale canone di condotta che determini il mancato raggiungimento dell'accordo modificativo, può far discendere la possibilità per la parte adempiente di adire l'autorità giudiziaria per vedere adattate le condizioni negoziali²³².

3. La possibilità di previsione di un obbligo generale di revisione del contratto

Il difetto di previsione di clausole di rinegoziazione di fonte pattizia, ovvero l'impossibilità delle parti di prevedere clausole di rinegoziazione complete, ossia riferite ad ogni singolo evento che possa nel concreto verificarsi, ha fatto sorgere il problema di individuare uno strumento capace di far fronte all'esigenza di flessibilizzazione delle relazioni contrattuali di durata, rispetto al verificarsi di eventi capaci di alterare il contesto economico-giuridico nel quale il contratto stesso è stato concluso.

Sul punto, recenti studi mostrano un considerevole impegno da parte della dottrina volto a ricercare nel nostro sistema un generale obbligo di rinegoziazione del contratto²³³.

²³¹MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, op. cit., p. 425; COSTANZA, op. cit., p. 316 che trae le sue argomentazioni dall'istituto tedesco del *Vorvertrag* in cui il mancato adempimento dell'impegno assunto determina l'operatività del rimedio dell'esecuzione in forma specifica che nel nostro ordinamento si risolve nello strumento previsto dall'art. 2932 cod. civ..

²³²CESÀRO, op. cit., p. 264 secondo cui l'intervento giudiziale deve essere ammesso non solo per il fatto che il giudice interviene modificando un regolamento che è già definito senza crearne uno nuovo, ma soprattutto perché è vincolato ai criteri predeterminati dalle parti nella clausola di rinegoziazione o, in via suppletiva, alla regola normativa della buona fede. Sulla stessa linea si pone GENTILI, op. cit. p. 714 ove afferma che la clausola di rinegoziazione ponga solo un obbligo di rinegoziare e non di concludere per cui non sarebbe ammissibile il ricorso allo strumento dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, perché manca la predeterminazione del futuro accordo ed è salva la facoltà di concluderlo.

²³³GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Cont. Impr.*, 2003, p. 701ss.; CRISCUOLI, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro o del giudice*, in

L'obiettivo perseguito è stato duplice, consistendo, da un lato, nell'indagine sulle fonti dalle quali ricavare siffatto obbligo, senza contravvenire a consolidati principi di diritto, dall'altro lato, nell'individuazione dei possibili rimedi esperibili in caso di mancato adempimento.

Procedendo con ordine, parte della dottrina ha rinvenuto una possibile fonte dell'obbligo di rinegoziazione nel *principio di conservazione* del contratto che può cogliersi in numerose e differenti norme del sistema codicistico: si pensi alla disciplina in tema di interpretazione del contratto (art. 1367 cod. civ.) o ai casi di rettifica del contratto in caso di errore (art. 1432 cod. civ.), ovvero di riconduzione ad equità nei casi di rescissione per lesione (art. 1448 cod. civ.) o ancora, in materia di conservazione della parte del contratto non inficiata da nullità parziale (art. 1419 cod. civ.)²³⁴.

Come si può notare, le ipotesi di conservazione degli effetti del contratto tipizzate dal nostro ordinamento divergono notevolmente tra loro; tuttavia, sembra possibile distinguere tra i casi in cui il contratto viene considerato nella sua fase genetica – si pensi alle ipotesi di errore o di nullità parziale - e quelli in cui esso è riferito alla sua fase funzionale – come nei casi di rescissione o di risoluzione -.

In quest'ultimo gruppo di ipotesi è possibile collocare il dovere di rinegoziazione che agisce nella fase esecutiva del rapporto modificando il contenuto del programma negoziale e salvandone gli effetti giuridici²³⁵.

Secondo altro orientamento la fonte di un generale obbligo di rinegoziazione potrebbe rinvenirsi nel principio di buona fede oggettiva e trovare inserimento nel contratto attraverso il meccanismo di integrazione di cui all'art. 1374 cod. civ.: la buona fede, dunque, rappresenterebbe secondo questa tesi una specifica fonte integratrice dalla quale discenderebbe l'obbligo di rinegoziare le condizioni contrattuali squilibrate dalle sopravvenienze²³⁶.

Riv. arb., 1999, p. 74; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, op. cit., p. 312 ss.; TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Cod. civ. comm.*, SHLESINGER (diretto da), art. 1467-1469, Milano, 1995, p. 248.

²³⁴ AMORE, op. cit., p. 141.

²³⁵ AMORE, *ibidem*. La tesi è sostenuta anche da RESCIGNO, *Presentazione* a MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 1 ss., secondo il quale lo strumento rinegoziativo risulterebbe meritevole di tutela nel nostro sistema, laddove si consideri che esso risponde alla medesima finalità conservativa propria dei meccanismi di recupero del contratto invalido.

²³⁶ ROPPO, op. cit., p. 493.

Nello stesso filone si colloca chi ritiene, più specificamente che lo spazio per il riconoscimento dell'obbligo di rinegoziazione potrebbe scaturire dal principio di buona fede in *executivis* in collegamento col principio di eterointegrazione (artt. 1374 e 1375 cod. civ.).

La tesi si distingue però sotto un ulteriore profilo, in quanto sostiene che l'impegno delle parti alla rinegoziazione sarebbe il frutto della rilevanza *causale* della loro cooperazione nei contratti di durata. Più specificamente – si argomenta – «a fronte di un mutamento delle circostanze, pur in assenza di clausole contrattuali specifiche, la presenza della buona fede in *executivis* dovrebbe pertanto consentire di cogliere una sorta di impegno reciproco dei contraenti alla rinegoziazione del rapporto finalizzata alla conservazione del medesimo per tutta la durata programmata ed oltre»²³⁷.

Secondo questa tesi, dunque, l'intervento conservativo è volto ad assecondare un'esigenza propria dei contratti di lungo periodo giungendo ad affermare che, almeno in questi contratti, il rimedio assuma dignità di regola generale quasi come a dire che l'esigenza di manutenzione integra la causa stessa del contratto.

Ma per arrivare a tale conclusione l'unica strada percorribile, a nostro avviso, sarebbe quella di assegnare a questo interesse il rango di causa e non di motivo che di per sé sarebbe irrilevante. Ciò potrebbe avvenire solo se e in quanto le parti abbiano inserito nel contratto almeno una clausola generica di rinegoziazione dalla quale si possa far discendere l'interesse *causale* al mantenimento del vincolo.

Corollario di tale impostazione sarebbe che l'obbligo di rinegoziazione potrebbe trovare applicazione anche in sede giudiziale, potendo il giudice in via equitativa (art. 1374 cod. civ.) procedere ad integrare il regolamento negoziale utilizzando come parametro di riferimento l'originario programma contrattuale che rispecchia l'equilibrio giuridico ed economico voluto dai contraenti.

La ricostruzione appena prospettata incontra aspre opposizioni sotto due differenti profili: da un lato, non sembra condivisibile riconoscere un generale obbligo di rinegoziazione ogniqualevolta si verifichi un mutamento delle circostanze contrattuali; dall'altro lato, pare dubbia pure la premessa giuridica, consistente

²³⁷TERRANOVA, *op. ult. cit.* p. 248.

nell'individuazione della fonte di tale obbligo nei principi di buona fede e di equità integrativa ovvero in quelli di conservazione o adeguamento del contratto²³⁸.

Invero, è stato autorevolmente affermato che riconoscere un generale obbligo di rinegoziazione in presenza di qualunque mutamento delle circostanze, può prestare il fianco a facili abusivismi da parte di chi voglia strategicamente modificare i termini dell'accordo dopo la sua stipulazione²³⁹.

Inoltre, si è affermato che per quanto la buona fede possa rappresentare uno dei principi fondanti del nostro sistema giuridico, essa assurge più ad obbligo di comportamento piuttosto che a fonte del diritto potendo piuttosto costituire «*il criterio alla cui stregua integrare il contenuto e le concrete modalità esecutive della stessa rinegoziazione*»²⁴⁰.

D'altronde – si afferma – attribuire alla buona fede *in executivis* un ruolo diverso e più ampio di quello richiesto nella fase delle trattative, significherebbe introdurre una palese contraddizione nel sistema. E' noto, infatti, che secondo l'opinione prevalente²⁴¹ la buona fede durante la fase della formazione del contratto obbliga ciascuna parte ad informare l'altra sulle circostanze che attengono alla stipulazione, ma non sulla maggiore o minore convenienza dell'affare; appare, dunque, illogico attribuire al medesimo obbligo, una incidenza diversa nella fase

²³⁸MACARIO, *op. cit.*, p. 71

²³⁹CESÀRO, *op. cit.*, p. 52-53 che mette in luce l'eventualità che la clausola in parola costituisca fin dal momento della sua elaborazione una sottile e raffinata tecnica contrattuale predisposta allo scopo di riservare ai contraenti la *chance* di optare per un'alternativa operazione negoziale. Secondo l'Autore, infatti, «è attuale e concreta la rappresentazione secondo la quale nel mondo degli affari ogni operazione giuridico-economica costituisce di fatto, quando essa sia conclusa, l'esclusione di identica o simile operazione con altri» Di conseguenza la clausola di rinegoziazione potrebbe dare luogo ad un comportamento finalizzato al recupero di un contratto non concluso attraverso l'escamotage di una proposta inaccettabile.

²⁴⁰GENTILI, *op. cit.*, p. 723, il quale sottolinea che «La rinegoziazione imposta dalla buona fede cancella la libertà di chi non si era impegnato e offre salvezza a chi non si era salvaguardato». Secondo l'Autore, sarebbe possibile scorgere una clausola generale solo dove si tratti di colmare lacune di previsione. Sul punto v. anche AMORE, *op. cit.* p. 149. Il rilievo, peraltro, non si mostra incompatibile con la possibilità di qualificare la buona fede come un efficace strumento volto a colmare le lacune contrattuali, piuttosto che come fonte creatrice di previsioni pattizie rimaste inesprese. Pertanto, sotto questo profilo, appare confermata la possibilità di fare il ricorso all'organo giudicante nel caso in cui le parti abbiano inserito nel contratto una esplicita, per quanto generica, clausola di rinegoziazione, restando aperta la questione in mancanza di una qualunque previsione espressa. Sotto questo profilo può venire in soccorso la tesi di TARTAGLIA, *op. cit.*, p. 248 che considera la rinegoziazione come il «*frutto della rilevanza causale della cooperazione delle parti nei contratti di durata*».

²⁴¹BIANCA, *op. cit.*, p. 162 ss..

esecutiva, imponendo alla parte avvantaggiata dalla sopravvenienza l'obbligo di rinegoziare un affare solo perché più conveniente per una parte a scapito dell'altra²⁴².

Analoghe perplessità genera la riconduzione del dovere di rinegoziazione al criterio di equità integrativa di cui all'art. 1374 cod. civ., che la eleverebbe ad obbligo legale di attuazione giurisprudenziale.

Al riguardo è stato autorevolmente osservato che l'equità può operare solo in via sussidiaria, ove manchi una esplicita previsione pattizia o normativa. Ebbene, come già si è avuto modo di argomentare, il nostro ordinamento appresta una tutela generale nelle ipotesi di sopravvenienze, disponendo, all'art. 1467 cod. civ., il rimedio della risoluzione e, in subordine, quello dell'offerta di riconduzione ad equità che può essere proposta dalla parte avvantaggiata dall'evento straordinario e imprevedibile: ciò, secondo questo orientamento, dimostrerebbe l'impossibilità di modificare il regolamento negoziale al di fuori delle ipotesi contemplate dalla legge²⁴³.

Del pari soggetta a critiche è la tesi che attribuisce al giudice il potere di imporre alle parti in via equitativa di rinegoziare il programma negoziale in quanto ciò comporterebbe un significativo declino del principio di autonomia privata, intesa come nucleo essenziale del programma negoziale²⁴⁴.

Il contratto così modificato sarebbe cioè espressione di un'imposizione unilaterale da parte di un soggetto esterno capace di vincolare le parti al di fuori delle fattispecie astratte di obbligo di contrarre presenti nel nostro ordinamento²⁴⁵.

Ancor più restrittiva risulta la tesi di chi ritiene superflua la prospettazione dell'obbligo di rinegoziazione laddove è dato osservare che nel nostro sistema esistono già due norme che contemplano due modelli di gestione delle sopravvenienze. La prima, contenuta nell'art. 1467 cod. civ., destinata a trovare applicazione negli scambi c.d. "puntuali" – la cui esecuzione non comporta alcuna duratura interferenza delle sfere patrimoniali – e l'art. 1664 cod. civ. che governa la

²⁴² AMORE, *op. cit.*, p. 153.

²⁴³ SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione, Trattato dei contratti, I contratti in generale*, RESCIGNO (diretto da), Torino, 1994, p. 1037 ss..

²⁴⁴ SACCO-DE NOVA, *op. cit.*, p. 13 in cui l'Autore afferma che «senza libertà il contratto si riduce di fatto ad un'imposizione unilaterale». Dello stesso avviso sono MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 508 ss.; DI MAJO, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990.

²⁴⁵ Il riferimento va all'art. 2932 cod. civ..

distribuzione del rischio nei c.d. scambi "integrativi" – la cui esecuzione richiede una rilevante integrazione delle sfere patrimoniali – reputando superata la ricostruzione del rapporto tra le due norme in termini di *genus a species*²⁴⁶.

L'art. 1664 cod. civ. rappresenterebbe, dunque, secondo questo orientamento non uno strumento destinato ad operare solo in relazione al contratto d'appalto ma costituirebbe, più in generale, una disciplina generale del rischio applicabile ad ogni tipo di scambio integrativo.

Alla luce dei diversi orientamenti richiamati, appare evidente che, benché lo strumento della rinegoziazione sia ancora estraneo al nostro ordinamento, esso è non di meno ritenuto vivo e dibattuto, essendo considerato da alcuni necessario per fronteggiare il fenomeno delle sopravvenienze almeno in un'ottica di armonizzazione del sistema del diritto dei contratti²⁴⁷.

Tale prospettiva risulta ancor più chiara ove si consideri che lo strumento rinegoziativo risulta quello più rispondente, in chiave giuseconomica, alla migliore allocazione delle risorse, specialmente laddove i contraenti abbiano già effettuato investimenti specifici che li vincolano indissolubilmente al rapporto contrattuale intercorrente tra loro²⁴⁸.

²⁴⁶BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, *Eu. Dir. Priv.*, 2003, p. 467.

²⁴⁷L'analisi comparatistica sugli strumenti adottati in alcuni dei maggiori sistemi giuridici moderni è stata affrontata *infra* Cap. V.

²⁴⁸Sebbene il binomio "algebra e pandette" possa apparire singolare, un autorevole studioso quale è stato CARNELUTTI, *Matematica e diritto*, in *Riv. Dir. Proc.*, I, 1951, p. 201 ss., anticipando gli studi attuali in tema di analisi economica del diritto, così affermava: «*Che noi giuristi, purtroppo, nella grandissima maggioranza, non si sappia la matematica è un conto; che non ci interessi saperla è un altro. La prima è un'ignoranza della quale, fino ad un certo punto, non abbiamo colpa [...]. Ma il disinteresse, invece, sarebbe segno d'una meschinità logica da doverne arrossire*». D'altronde, proseguiva, «*i numeri, a chi li sa intendere, servono a far capire cose che non s'arrivano a capire con le parole*». Ed è cogliendo questo monito che si tenterà di affrontare il problema dell'analisi economica delle sopravvenienze *infra* Cap. IV.

Capitolo quarto

Sopravvenienze contrattuali e criteri di efficienza economica

1. Scienza giuridica e teoria economica

L'analisi economica del diritto si iscrive in quella corrente interdisciplinare che si definisce con la locuzione "*Law and economic*" in base alla quale i fenomeni giuridici vengono analizzati alla luce delle strutture logiche, nozioni e criteri di valutazione appartenenti alla scienza economica.

Il confronto con tale disciplina nasce dall'esigenza del giurista di ricercare nuovi spunti di ricerca al fine di adeguare la legge alle complesse e veloci trasformazioni sociali.

Entrambe le discipline sono accomunate dal medesimo schema teorico capace di descrivere il rapporto tra regola e comportamento; ciò che diverge è l'approccio metodologico: l'economista, infatti, parte dal comportamento per arrivare alla regola, mentre il giurista parte dalla regola per arrivare al comportamento che di quella regola sia l'attuazione²⁴⁹.

Ciò nonostante, l'approccio economico può essere utile al giurista che vada ricercando una regola logica desumibile dal principio di razionalità economica.

Lo studio della realtà sociale mette in luce il problema della *molteplicità dei bisogni* umani e la *limitatezza delle risorse* disponibili; i beni e i mezzi per soddisfare i fini, essendo limitati, sono suscettibili di impieghi alternativi: la scarsità della terra impone di decidere se utilizzarla per costruirvi una casa o per ararvi il terreno.

In questo stato di atavica scarsità, l'intelletto suggerisce agli uomini di individuare un *criterio razionale di scelta* che consenta di trarre la massima soddisfazione dalle risorse disponibili²⁵⁰.

In questa cornice teorica si colloca la *Economic Analysis of Law* (EAL) che si propone l'obiettivo di rifondare il diritto su basi oggettive applicando al sistema giuridico le regole della teoria economica, con lo scopo di spiegare gli effetti delle norme giuridiche sui comportamenti umani²⁵¹.

²⁴⁹DE LUCA, *Interpretazione del contratto e analisi economica del diritto*, in *Interpretazione del contratto nella dottrina italiana*, IRTI (a cura di), Milano, 2000, p. 476.

²⁵⁰Tale criterio si fonda sul principio di massima soddisfazione o di minimo mezzo. Sul punto v. DE LUCA, *op. cit.*, p. 477; SAMUELSON-NORDHAUS, *Economia*, trad. it. OTTINO (a cura di), Milano, 1995, p. 5, secondo cui «l'essenza dell'economia consiste nel riconoscere la realtà della scarsità e quindi nell'organizzare la società in modo tale da utilizzare le risorse disponibili nel modo più efficiente possibile».

²⁵¹ALPA, voce *Interpretazione economica del diritto (Economic analysis of law)*, in *Noviss. Dig. it.*, app. IV, Torino, 1983, p. 315 ss.; PARDOLESI, *Analisi economica del diritto* in *Digesto IV*, I,

Attraverso questa analisi si possono comprendere gli effetti delle leggi sul sistema sociale e valutare come esse possono essere modificate allo scopo di meglio perseguire l'efficienza. In questo senso le regole giuridiche sono qualificate dall'economista come un sistema di "*incentivi*" che orientano i comportamenti umani²⁵².

Lo strumentario tratto dai fondamenti microeconomici consente così al giurista di colmare le lacune presenti nel sistema giuridico attraverso una *teoria del comportamento* capace di prevedere gli effetti delle norme giuridiche sui comportamenti dei soggetti²⁵³.

Così come la variazione dei prezzi di mercato incoraggia o scaraggia i consumatori ad acquistare i relativi prodotti, così anche la previsione di sanzioni civili o penali incentiva o disincentiva i soggetti a compiere determinate azioni.

2. Una teoria economica del contratto: cooperazione e assunzione di impegni, informazione, adempimento, affidamento

Mutuando la definizione elaborata da autorevole dottrina, il contratto, in quanto formalizzazione giuridica dell'operazione economica, si riferisce all'insieme di regole che presiedono l'attività negoziale, ossia il diritto dei contratti. Tali regole sono tendenzialmente ispirate all'obiettivo di favorire la vocazione efficientistica del contratto e ciò costituisce il presupposto su cui si radica il tentativo di delineare una teoria economica dell'operazione negoziale²⁵⁴.

Come noto, gli scambi commerciali possono avvenire istantaneamente e simultaneamente, come avviene nell'acquisto di merci in contanti, oppure essere "differiti nel tempo" – usando una locuzione impropria - e riguardare, dunque, tutte

Torino, 1987, p. 309.

²⁵²AA.VV., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, (a cura di), Bologna, I, 2006, p. 9 ss.

²⁵³DE LUCA, *op. cit.*, p. 480 ove l'Autore fa riferimento alla nota *teoria dei prezzi* in base alla quale l'aumento del prezzo di un prodotto si traduce in una riduzione della quantità domandata, allo stesso modo in cui le sanzioni giuridiche incidono sulle condotte umane. Per una migliore esplicazione del fenomeno si rinvia a POSNER, *L'economia e il giurista, Economic analysis of law*, Boston-Toronto, 1977, traduz. it. di ALPA, in *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1998, p. 48.

²⁵⁴AA.VV., *Il mercato delle regole. op. cit.*, I, p. 133 ss.; AMADIO-MACARIO, *Diritto civile, op. cit.*, p. 563 secondo cui il contratto costituisce l'istituzionalizzazione dello scambio inteso come atto materiale posto in essere dai consociati interessati a realizzare un'operazione con risvolti economici e i cui connotati sono delineati da decisioni di politica del diritto.

quelle operazioni per il cui perfezionamento è necessario un certo lasso di tempo come avviene nell'esecuzione del contratto d'appalto²⁵⁵.

L'analisi economica degli scambi commerciali appartenenti a questo secondo nucleo consente di individuare i possibili comportamenti che le parti contraenti potrebbero adottare nel perseguimento delle loro utili personali, mettendo in luce i profili di rilevanza pratica di queste tipologie contrattuali.

Si osserva che in queste transazioni, l'oggetto di scambio commerciale sono le "promesse" dei contraenti e il tempo che intercorre dalla loro manifestazione fino alla concreta esecuzione, crea incertezze e rischi che comportano ostacoli allo scambio e alla cooperazione.

Questa è la ragione per la quale entrambe le parti - chiamate dagli economisti «giocatori» nell'ambito della «teoria dei giochi»- considerano necessario stabilire dei vincoli giuridici che rendano le rispettive promesse suscettibili di esecuzione coattiva. Solo in questo modo, infatti, i giocatori possono scegliere di cooperare o di appropriarsi del bene tenuto conto che nel secondo caso la mancata cooperazione dà luogo a responsabilità per i danni cagionati alla controparte.

Cooperazione e assunzione di impegni²⁵⁶. Per fare in modo che ciascun giocatore sia indotto a cooperare è necessario che i danni da risarcire in caso di inadempimento all'altro giocatore siano superiori al profitto che si otterrebbe dalla cooperazione. E' possibile spiegare l'assunto facendo ricorso ad un esempio.

Si pensi ad un investimento effettuato dal primo giocatore (α) per la costruzione di un edificio in cui egli mette a disposizione del secondo giocatore (β) un bene di un certo valore. Quest'ultimo può decidere se cooperare col primo o appropriarsi del bene.

Assumiamo che la cooperazione tra i due giocatori comporti un profitto pari a 0,5 per ciascuno di loro e dunque un beneficio sociale complessivo pari a 1. Mentre la non cooperazione, porta il giocatore β ad appropriarsi di una somma pari a 0,8, mentre lascerà 0 ad α . Il beneficio per la collettività sarà dunque minore in quanto $0,8 < 1$.

²⁵⁵ AA.VV., *Il mercato delle regole*, op. cit., p. 134.

²⁵⁶ ID, op. cit., p. 134 cui si rinvia per una dettagliata rappresentazione della c.d. *Agency game* (teoria dei giochi).

Per il giocatore β la non cooperazione è la strategia ottimale, in quanto otterrà 0.8 invece di 0.5. Ma l'interesse per la società è la cooperazione perché $1 > 0.8$.

In assenza di responsabilità contrattuale dunque, il giocatore β deciderà di appropriarsi del bene, aumentando i suoi benefici e riducendo il benessere sociale.

Di converso, in presenza di un meccanismo di responsabilità contrattuale ben collaudato, a β verrà imposto di risarcire α per una somma pari a 0,5. Di conseguenza, la sanzione pari a 0,5 deve essere dedotta dal suo guadagno pari a 0.8, con un risultato netto di 0,3 in caso di inadempimento del contratto: in tal modo, la mossa migliore per il giocatore β è la cooperazione, con conseguente massimizzazione del benessere sociale.

Si osserva che solo con la minaccia di incorrere in una sicura e certa responsabilità contrattuale, la "promessa" fatta dai rispettivi giocatori è resa credibile per l'uno e per l'altro: infatti, se ciascun giocatore conosce i guadagni che l'interlocutore riceverà dall'operazione economica e le sanzioni in caso di inosservanza, saprà anche che l'impegno alla cooperazione risponde all'interesse personale della controparte. In tal modo ciascun giocatore si determinerà a stipulare un contratto, perché solo con delle promesse vincolanti viene incentivata la cooperazione²⁵⁷.

Informazione²⁵⁸. Salta all'occhio dal precedente assunto che, per fare in modo che un giocatore sia indotto a vincolarsi, è necessaria la conoscenza degli interessi che la controparte intende perseguire col contratto. Lo scambio di informazioni tra le parti contraenti ricopre un ruolo importante nel propiziare il raggiungimento dell'accordo, in quanto informazioni non complete o asimmetriche possono precludere la conclusione degli scambi.

Nei modelli economici tradizionali, infatti, si suppone che i soggetti abbiano a disposizione informazioni perfette e simmetriche, mentre nella realtà gli individui che entrano in relazione tra loro non dispongono delle stesse informazioni²⁵⁹. La

²⁵⁷ AMADIO-MACARIO, *Diritto civile, op. cit.*, p. 574 secondo cui il contratto serve, in forza della sua idoneità a creare vincoli obbligatori e coercibile, a determinare nelle parti *incentivi* a cooperare.

²⁵⁸ AA.VV., *Il mercato delle regole, op. cit.*, p. 138.

²⁵⁹ NICITA, SCOPPA, *Economia dei contratti*, Roma, 2005, p. 20 secondo cui «Normalmente i datori di lavoro non conoscono perfettamente le capacità o l'impegno profuso dai lavoratori, gli acquirenti di un prodotto non sono in grado di valutarne accuratamente la qualità, gli investitori non sono al corrente dell'affidabilità dei soggetti a cui concedono i propri fondi, le compagnie assicurative non conoscono il rischio o il comportamento degli assicurati e così via».

disciplina contrattuale contribuisce a questo scopo, ponendo a carico dei contraenti dei reciproci obblighi di informazione di cui deve essere portata a conoscenza la controparte²⁶⁰.

Adempimento²⁶¹. Ma il vincolo giuridico e gli obblighi di informazione posti dalla legge in capo ai contraenti, non costituiscono gli unici elementi che inducono le parti all'adempimento della prestazione. Infatti, poiché l'adempimento comporta dei costi, se la responsabilità contrattuale fosse l'unica preoccupazione del promittente in caso di inadempimento, questi potrebbe essere indotto a non adempiere, quando i costi di esecuzione del contratto sono superiori agli oneri nascenti dalla responsabilità per inadempimento.

Per comprendere l'assunto è opportuno osservare che uno degli aspetti fondamentali dell'economia dei contratti risiede nella considerazione per cui i soggetti economici agiscono in modo opportunistico, cioè «*perseguono con astuzia finalità egoistiche*». Ciò comporta che essi, al fine di realizzare il loro benessere materiale, siano propensi a non rispettare gli accordi, a mentire, imbrogliare, rubare, fuorviare, travisare, offuscare, fingere, distorcere e confondere pur di raggiungere i propri fini²⁶².

L'efficienza, pertanto, si ottiene richiedendo al promittente di adempiere quando i suoi costi sono minori dei benefici del promissario e gli impone di non adempiere in caso contrario.

L'assunto può essere sintetizzato nella seguente formula:

– costo della prestazione del promittente > beneficio derivante al promissario dall'adempimento → inadempimento efficiente

– costo della prestazione del promittente < beneficio derivante al promissario dall'adempimento → adempimento efficiente

Poiché il nostro ordinamento misura la responsabilità per inadempimento in base al danno emergente e al lucro cessante (art. 1223 cod. civ.) e dunque alle perdite connesse alla vanificazione dell'affare e al mancato guadagno, così da riportare il

²⁶⁰ AMADIO-MACARIO, *Diritto civile, op. cit.*, p. 575, secondo cui «a tal proposito operano le tradizionali norme privatistiche in materia di annullabilità del contratto per vizi della volontà, ma anche le nuove norme emanate dal legislatore (prima europeo e poi italiano) a tutela del contraente debole».

²⁶¹ AA.VV., *Il mercato delle regole, op. cit.*, p. 139.

²⁶² WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, trad. it. ANGELI (a cura di), *Le istituzioni economiche del capitalismo: imprese, mercati, rapporti contrattuali*, Milano, 1987, p. 134.

promissario nella stessa posizione in cui si sarebbe trovato se la promessa fosse stata mantenuta (danni da aspettativa perfetti), in base ad una valutazione giuseconomica il promittente avrà incentivi efficienti all'adempimento e all'inadempimento quando la responsabilità da inadempimento eguaglia il beneficio di cui è stato privato il promissario²⁶³. Pertanto, se:

- $\text{lucro cessante} + \text{danno emergente} < \text{costo di esecuzione} = \text{inadempimento efficiente};$

- $\text{lucro cessante} + \text{danno emergente} > \text{costo di esecuzione} = \text{adempimento efficiente}.$

Di conseguenza, i danni da aspettativa perfetti creano incentivi per l'adempimento e l'inadempimento «efficienti». Tuttavia accade spesso che i risarcimenti accordati dai giudici nel concreto siano differenti da quelli ideali. L'imperfezione può essere determinata dalle difficoltà di quantificare i profitti che la parte non riesce a conseguire a causa dell'inadempimento (*non verificabilità*) ovvero dalla possibilità che la legge stessa non riconosca la risarcibilità del danno ma solo la previsione di un'equa indennità che rappresenta un *minus* rispetto al danno effettivamente riportato.

In generale, il risarcimento ottimale dei danni crea un livello efficiente di impegno ad adempiere, laddove un risarcimento sbagliato crea un livello di impegno inefficiente.

Accade spesso, infatti, che la sanzione in caso di mancato adempimento non venga correttamente individuata dal giudice, o perché questi non è in grado di individuare con certezza l'ammontare del risarcimento dovuto per insufficienza del materiale probatorio o per l'indeterminatezza delle variabili che compongono il danno risarcibile, oppure perché la legge stessa gli impone di determinare l'ammontare della somma di natura indennitaria con valutazione equitativa (si pensi alla previsione degli artt. 1660 o del 1664 cod. civ.): in questi casi, il contraente avvantaggiato dalla sopravvenienza, opterà per la scelta opposta del non adempimento.

Tornando all'esempio sopra prospettato, dunque, in presenza di un meccanismo incerto di valutazione del danno, si supponga che il giocatore β ritenga che il giudice

²⁶³Solo in tal modo, infatti, egli non ricaverebbe alcuna utilità e sarebbe indotto all'adempimento.

lo condanni a pagare una somma pari a 0,2 a titolo di equa indennità nei confronti del giocatore α : in questa ipotesi egli sarà incentivato ad "appropriarsi" del bene, traendo così un beneficio individuale pari a 0,6 ($> 0,5$) con sacrificio della salvezza degli effetti del contratto e del benessere collettivo.

Affidamento²⁶⁴. Altro elemento da considerare è il rovescio della medaglia rispetto all'adempimento, ossia l'affidamento che la controparte ripone nella conclusione dell'affare. Anche quest'ultima, infatti, potrebbe sostenere delle spese in virtù dell'affidamento generato dalla promessa; questo può consistere in investimenti in denaro, tempo, sforzi o anche opportunità perdute.

L'affidamento consiste in un mutamento della posizione del promissario che aumenta il valore che egli attribuisce alla prestazione e che rende l'inadempimento più costoso per il promissario e che si traduce in un prezzo. Anche quest'ultimo, pertanto, deve essere incorporato nella definizione dei danni da aspettativa perfetti rappresentati dalla somma necessaria per compensare il promissario che si sia affidato alla promessa.

Naturalmente deve trattarsi di un affidamento prevedibile, cioè corrispondente a ciò che un promittente avveduto potrebbe ragionevolmente attendersi. Così, ad esempio, se una stazione appaltante assegna l'esecuzione di un'autostrada ad una piccola ditta di manutenzione, la prima non potrà fare ragionevole affidamento sulla perfetta esecuzione della prestazione, perché ciò costituirebbe un sovraffidamento rispetto alla normale attività che la ditta è abituata a trattare.

3. *Sopravvenienze e costi transattivi: lacune e integrazione del contratto*

Altro elemento che occorre considerare nella previsione di un programma contrattuale completo è rappresentato dai costi transattivi che le parti devono sostenere per la redazione di ogni singola clausola.

Si è già avuto modo di rilevare come nei contratti per la cui esecuzione è necessario il decorrere di un certo lasso di tempo è inclusa una componente di rischio. Ciò è dovuto al fatto che gli individui non sono in grado di prevedere tutti gli eventi che possono verificarsi nel corso dell'esecuzione di un contratto, nè possono

²⁶⁴ AA.VV., *Il mercato delle regole*, op. cit., p. 144.

redigere un programma negoziale prendendo in considerazione tutte le possibili eventualità²⁶⁵.

Ciò in quanto la previsione di un programma negoziale contenente tutte le possibili variabili che potrebbero verificarsi nel corso del rapporto comporterebbero dei costi transattivi eccessivi rispetto alla mera eventualità della loro verifica.

In questi casi, il contratto presenta delle lacune che consistono in eventi, non regolati espressamente, che possono incidere sull'equilibrio del contratto così come originariamente concluso²⁶⁶.

I rischi remoti, infatti, non giustificano i costi che le parti devono affrontare per negoziare e redigere le clausole relative alla loro allocazione.

Il *trade-off* può essere spiegato col fatto che negoziare l'allocazione di un rischio comporta costi transattivi certi al momento della conclusione del contratto, mentre non negoziarli implica solo l'eventualità del loro esborso, qualora la perdita abbia a materializzarsi. In generale, le parti devono scegliere se allocare i rischi *ex ante* o allocare le perdite *ex post* tenuto conto che, nel caso in cui lascino una lacuna, corrono il rischio di dover sostenere in futuro dei costi transattivi maggiori²⁶⁷.

Il costo transattivo *atteso* è pari alla probabilità che la perdita si materializzi moltiplicata per il costo che si dovrà sostenere per la sua allocazione. L'assunto può essere sintetizzato dalla seguente formula:

–costo dell'allocazione *ex ante* > costo dell'allocazione *ex post* x la probabilità della perdita → lacuna

²⁶⁵NICITA, SCOPPA, *op. cit.*, p. 19.

²⁶⁶AA.VV, *Il mercato delle regole*, *op. cit.*, p. 151. Le lacune possono essere volontarie o involontarie: è possibile, infatti, che le parti non abbiano previsto la possibilità di uno scoppio di una guerra o di un dirottamento aereo che ritardi o impedisca la consegna dei materiali; oppure potrebbe accadere che dette lacune siano state deliberatamente lasciate dalle parti che abbiano ritenuto dette eventualità del tutto remote.

²⁶⁷NICITA, SCOPPA, *op. cit.*, p. 22 secondo cui «i costi di transazione *ex ante* sono quelli sostenuti per la ricerca delle opportunità disponibili, la raccolta e l'elaborazione delle informazioni, l'individuazione della decisione efficiente, la contrattazione dei termini di scambio, l'adozione delle opportune precauzioni e salvaguardie contrattuali, la stesura del contratto. I costi di transazione *ex post* riguardano la conduzione della relazione, il monitoraggio e la misurazione delle prestazioni, la verifica della corretta applicazione del contratto. Il punto cruciale di questa impostazione è che i costi di transazione dipendono, oltre che dalle caratteristiche della relazione (incertezza, asimmetrie informative, gli investimenti specifici) anche dalla particolare struttura contrattuale e organizzativa adottata dalle parti. Secondo questo approccio, dunque, i soggetti economici perseguono l'obiettivo di individuare ed adottare, tra tutte le possibili, la forma contrattuale o organizzativa in grado di minimizzare i costi di transazione».

– costo dell'allocazione *ex ante* < costo dell'allocazione *ex post* x la probabilità della perdita → clausola espressa

Pertanto, le parti lasceranno una lacuna tutte le volte in cui si attendono di dover sostenere dei costi transattivi inferiori per l'allocazione della perdita moltiplicata per la probabilità del suo verificarsi, rispetto al costo per l'allocazione anticipata del rischio.

Nel caso in cui si verifichi la sopravvenienza non regolata da alcuna clausola contrattuale, si applicheranno le norme dispositive previste dall'ordinamento per l'allocazione del rischio.

Se queste regole di *default* (lacuna) sono efficienti esse consentiranno alle parti di risparmiare sui costi transattivi perchè in presenza di norme efficienti le parti decideranno di affidare la regolamentazione del loro contratto alla legge. Analizziamo dunque le circostanze sopravvenute che potrebbero realizzarsi nel corso dell'esecuzione del contratto onde verificare se le regole di default previste dall'ordinamento siano efficienti in vista della prosecuzione del rapporto contrattuale.

All'uopo, distingueremo a seconda che le circostanze sopravvenute possano aver determinato una impossibilità assoluta della prestazione regolata dall'art. 1463 cod. civ., un'eccessiva onerosità sopravvenuta, disciplinata in linea generale dall'art. 1467 cod. civ. o ancora, un'eccessiva onerosità o difficoltà di esecuzione ai sensi dell'art. 1664 cod. civ., in materia di appalto.

3.1. Segue. *Impossibilità sopravvenuta e teoria economica*

Nell'ipotesi di impossibilità sopravvenuta, il convenuto potrebbe dichiarare che il contratto è stato validamente concluso ed eccepire che, a causa di circostanze non presenti al momento della stipulazione e a lui non imputabili, dovrebbe ritenersi liberato dall'obbligo di adempiere ex art. 1218 cod. civ.²⁶⁸.

Si pensi ad esempio al contratto d'appalto per la costruzione di una diga in cui l'appaltatore porti a compimento l'opera ma il riempimento dell'invaso non sia possibile per difficoltà naturali o geologiche a lui non imputabili.

²⁶⁸ AA.VV., *Il mercato delle regole*, II, Applicazioni, *op. cit.*, p. 80.

In questo caso l'opera è stata ultimata secondo le regole dell'arte ed è stata consegnata dall'appaltatore nei termini convenuti e al prezzo pattuito, ma il committente rifiuta la consegna in quanto il bene non risponde alla finalità che intendeva perseguire col contratto.

Ebbene, in questi casi e in assenza di specifica pattuizione il giudice dovrà stabilire su quale dei due contraenti dovranno ricadere i danni derivati dall'evento. Le regole economiche impongono in questi casi una teoria efficiente di allocazione del rischio: esso *deve essere sostenuto da colui che è in grado di ridurlo o distribuirlo col minor costo*²⁶⁹. Ad esempio uno dei contraenti potrebbe essersi assicurato contro il rischio, stipulando un contratto di assicurazione, oppure uno di loro potrebbe aver adottato altri meccanismi di distribuzione del rischio: vi sono, ad esempio, società di assicurazione specializzate nella distribuzione del rischio, ma anche senza assicurazione, un individuo che abbia investito in una fabbrica esposta al rischio di terremoto potrebbe distribuire il rischio acquistando azioni di società con differente collocazione geografica (c.d. diversificazione del portafoglio azionario).

Si osserva che la tesi economica in esame, pur rappresentando la teoria dominante in materia di impossibilità, è sottoposta a critiche da parte di coloro che ne evidenziano i limiti: 1) anzitutto occorre che il giudice abbia a disposizione tutti gli elementi per individuare il contraente che potrebbe assicurarsi al minor costo, tenendo conto della possibilità di questi di prevedere (attraverso calcoli statistici) la probabilità del verificarsi del rischio e le perdite che ne potrebbero derivare (ossia i fattori che influenzano la decisione di assicurarsi); 2) in secondo luogo, occorre che il giudice possa stabilire quali costi avrebbe sostenuto il contraente se avesse deciso di assicurarsi contro quel determinato rischio. Sotto questo profilo, è sufficiente una sommaria conoscenza della casistica in materia di sopravvenienze per rendersi conto della difficoltà di una simile indagine²⁷⁰.

Pertanto, se nessuno dei contraenti è in grado di assicurarsi contro il rischio di eventi imprevedibili, perché fuoriescono dai calcoli statistici sulla probabilità (su cui si basa il meccanismo assicurativo), si comprende come il paradigma

²⁶⁹ID., *ibidem*, p. 94.

²⁷⁰ID., *ibidem*, p. 95 ove si sottolinea che «Quando si invoca l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, [...] si fa spesso riferimento ad eventi di carattere generale. Non è possibile, quindi, stabilire chi sia meglio in grado di prevedere l'inizio di una guerra, il verificarsi di un fenomeno naturale o l'emanazione di un provvedimento che vieta le esportazioni di determinati beni. Si può ritenere, invece, che le parti abbiano di solito eguale accesso a questo tipo di informazioni».

dell'assicurazione non sia in grado di offrire indicazioni decisive sulla distribuzione delle perdite e sull'allocazione efficiente delle risorse²⁷¹.

Il problema è allora quello di stabilire se il rimedio della risoluzione del contratto previsto dall'ordinamento in caso di impossibilità sopravvenuta, sia il rimedio più soddisfacente, cioè quello in grado di mettere in moto degli incentivi all'adozione di comportamenti efficienti.

Ebbene, nel caso preso in esame, in cui la diga realizzata e consegnata dall'appaltatore non sia più utilizzabile dal committente per impossibilità totale dovuta a fatti sopravvenuti (es. alluvione che distrugge un canale utilizzabile per la distribuzione dell'acqua), il contratto si risolve automaticamente - e non retroattivamente - per intero ai sensi dell'art. 1463 cod. civ. con i conseguenti obblighi restitutori a carico dell'appaltatore e le eventuali spese da lui sostenute resteranno a suo carico ai sensi dell'art. 1673 cod. civ.²⁷².

Laddove l'impossibilità sia solo parziale, invece, il committente sarà tenuto al pagamento delle opere fino a quel momento compiute, solo nei limiti in cui siano per lui utili in proporzione al prezzo pattuito per l'opera intera (art. 1672 cod. civ.)²⁷³.

In entrambe le ipotesi la regola di *default* prevista dall'ordinamento comporta che la perdita verrà interamente subita dall'appaltatore con conseguente pericolo di fallimento dell'organizzazione aziendale e con sacrificio dell'interesse collettivo al buon andamento della produzione.

²⁷¹A questo proposito v. AA.VV., *Il mercato delle regole*, II, p. 96 ss. ove le perplessità di tale paradigma vengono esplicate richiamando la nota vicenda originata dall'invasione del Kuwait da parte dell'Iraq avvenuta nell'agosto del 1990, a seguito della quale l'ONU decretò l'embargo nei confronti di entrambi i Paesi, vietando agli Stati membri di proseguire o iniziare qualsiasi operazione commerciale negli Stati coinvolti nel conflitto. L'evento determinò il sorgere di una controversia radicata innanzi al Trib. Trento, 10 dicembre 1992, in *Nuova Giur. Civ.*, 1993, I, p. 853 ove il committente, convenuto in giudizio, aveva commissionato all'attore la realizzazione di un impianto in Iraq, destinato ad un cliente iracheno. L'impossibilità sopravvenuta della prestazione causata dall'embargo imposto dall'ONU determinò la decisione del tribunale trentino di liberazione dal vincolo a favore del committente. Ciò nondimeno, la decisione non appare soddisfacente sotto in profilo della teoria economica: infatti, l'appaltatore condannato a sopportare il rischio, ha sostenuto le spese necessarie alla completa realizzazione dell'opera secondo lo schema predisposto dal committente. La perdita del corrispettivo pertanto potrebbe determinare il fallimento dell'organizzazione aziendale con ripercussioni sull'interesse collettivo al buon andamento del mercato. In questo senso v. INZITARI, *Inesigibilità della prestazione, impossibilità della prestazione per l'embargo contro l'Iraq*, in *Nuova Giur. Civ.*, 1995, II, p. 48.

²⁷²LUMINOSO, *Commento all'art. 1672-1673 cod. civ., op. cit.*, p. 689.

²⁷³ID., *ibidem*.

3.2. Segue. *Eccessiva onerosità sopravvenuta nell'analisi economica del diritto*

Come noto, l'art. 1467 cod. civ. consente al debitore di domandare la risoluzione del contratto quando la prestazione sia diventata eccessivamente onerosa per cause straordinarie e imprevedibili. La risoluzione non può essere domandata se l'eccessiva onerosità rientra nell'*alea* normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può impedirla mediante l'offerta di riduzione ad equità dei termini originari dell'accordo.

Avendo preso in esame i tratti salienti di tale istituto sotto il profilo giuridico nella prima parte di questo lavoro, occorre ora analizzarlo sotto la lente delle indicazioni offerte dalla teoria economica sulle sopravvenienze²⁷⁴.

Anzitutto occorre premettere che la valutazione dei requisiti di cui all'art. 1467 cod. civ. può essere condotta separatamente, ma sotto il profilo pratico il giudizio sulla straordinarietà e imprevedibilità dell'evento appare inscindibile dall'individuazione dell'*alea* del contratto. Pertanto, potrà considerarsi estraneo al programma negoziale solo l'evento che provoca una consistente alterazione dell'equilibrio contrattuale²⁷⁵.

Riconducibili senz'altro sotto l'alveo degli eventi straordinari e imprevedibili sono ad esempio lo scoppio di una guerra, un terremoto, un provvedimento di embargo e così via.

Ciascun contraente è tenuto a sopportare solo le perdite collegate ai rischi che ha esplicitamente o implicitamente assunto e per i quali è stato compensato²⁷⁶.

Il limite dell'*alea* normale, invece, è dato dal superamento di quella variazione di prezzi che le parti non erano razionalmente tenute a prevedere: a questa stregua è ragionevole ritenere che i contraenti abbiano assunto col contratto solo i rischi connessi alle normali fluttuazioni di mercato restando estranee alla loro determinazione le perdite disastrose²⁷⁷.

²⁷⁴Sulla tematica inerente gli aspetti evolutivi nonché l'ambito e i meccanismi di operatività dell'istituto dell'eccessiva onerosità v. *supra* Cap. I, II.

²⁷⁵PARDOLESI, *Indicizzazione*, p. 2144. AA.VV. p. 102.

²⁷⁶I rischi prevedibili, infatti, non sono compresi nell'ambito di applicazione di questa disposizione in quanto si presume che essi abbiano formato oggetto di apposita pattuizione che sia confluita nella determinazione del corrispettivo. In questo senso PARDOLESI, *Regole di default*, p. 461.

²⁷⁷AA.VV., *Il mercato delle regole*, II, *op. cit.*, p. 102.

Alla luce di quanto detto, appare chiaro ad esempio che un aumento del corrispettivo o una sua diminuzione pari al doppio o alla metà del prezzo originariamente concordato, determinerà la richiesta di risoluzione del contratto integrando i presupposti di operatività dell'art. 1467 cod. civ..

A questo punto entra in gioco il secondo strumento previsto dal legislatore, ossia l'offerta di riduzione ad equità da parte del contraente avvantaggiato dalla sopravvenienza²⁷⁸.

Di fronte alla domanda di risoluzione del contratto avanzata dalla parte onerata, questi potrebbe decidere di offrire la *reductio ad aequitatem* dei termini dell'accordo, attraverso una proposta che, inserendosi in un contesto giudiziario, dovrebbe essere sottoposta al giudizio di congruità da parte del giudice.

Supponendo che la proposta sia considerata congrua, la controversia dovrebbe concludersi col mantenimento dell'originario contratto pur con gli adeguamenti necessari al riequilibrio del sinallagma. La rinegoziazione del contratto produrrebbe, così, l'effetto conservativo del mantenimento del vincolo con salvezza dell'interesse delle parti alla completa esecuzione delle reciproche prestazioni²⁷⁹.

Ma potrebbe anche verificarsi il caso opposto, della mancata proposizione di un'offerta (posto che la parte non onerata non è tenuta a formularla), ovvero quest'ultima, pur avanzata, potrebbe rivelarsi inadeguata e dunque non venire considerata congrua dalla parte o dal giudice.

In tale ipotesi l'unico rimedio previsto dal legislatore resterebbe quello della risoluzione del contratto e, posto che l'evento sopravvenuto, che ha determinato l'eccessiva onerosità, non è imputabile ad alcuna delle parti, nessun risarcimento sarebbe dovuto (salva l'ipotesi in cui sia ravvisabile – e dimostrabile – la mala fede nella proposta di un'offerta incongrua della parte non onerata).

La controversia si concluderebbe, dunque, con l'integrale sopportazione del rischio a carico di un solo contraente onerato dalla sopravvenienza con conseguente sacrificio degli effetti del contratto e degli investimenti fino a quel momento effettuati dai contraenti in termini di tempo, energie e capitali.

²⁷⁸ AA.VV., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN (a cura di), II, *Applicazioni*, Bologna, 2006, p. 103.

²⁷⁹ Si osserva, tuttavia, che tale risultato si otterrebbe al termine di una lenta quanto costosa procedura giudiziaria, determinando così un effetto negativo sul rapporto contrattuale. In questo senso v. AA.VV., *Il mercato delle regole*, II, *op. cit.*, p. 187.

3.3. Segue. *Onerosità e difficoltà di esecuzione valutate sotto la lente della teoria economica del contratto*

Si è già avuto modo di analizzare alcune delle problematiche giuridiche sottese all'applicazione dell'art. 1664 cod. civ. che prevede un meccanismo di adeguamento del corrispettivo a fronte del verificarsi di alcune circostanze sopravvenute nell'esecuzione del contratto d'appalto²⁸⁰.

La norma, giova ribadirlo, prevede che *«qualora per effetto di circostanze sopravvenute si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere la revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo. Se nel corso dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche o simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questo ha diritto ad un equo compenso»*.

Dall'esame della norma emerge secondo la tesi dominante il *favor* del legislatore verso il meccanismo revisionale in relazione ad un contratto particolarmente diffuso nella prassi commerciale e che richiede spesso notevoli investimenti.

Poiché la naturale connotazione dell'appalto vede in capo all'appaltatore l'attribuzione di ogni rischio connesso all'attività esercitata, la *ratio* perseguita dal legislatore con tale norma deve essere rintracciata nel tentativo di attenuare la sua sfera di responsabilità in caso di sopravvenienze.

La disposizione in esame prevede un non meglio specificato meccanismo di revisione dei prezzi (primo comma) ovvero la determinazione di un equo compenso, anch'esso dai contorni incerti (secondo comma) che hanno determinato un notevole dibattito dottrinario.

Dalla indeterminatezza della regola di *default* discende, come ovvio, ampia possibilità di rischio di veder sorgere una controversia tra le parti con conseguente

²⁸⁰ Sul punto v. *supra* Cap. II.

deferimento della lite all'organo giurisdizionale e relativa assunzione degli alti costi giudiziari a carico dei contraenti.

Sorge, a questo punto, l'interrogativo sulla efficacia o meno di tale strumento codicistico.

Supponiamo che, radicata la lite davanti all'organo giurisdizionale, questi sulla base del materiale probatorio dedotto dalle parti, giunga a determinare l'ammontare del corrispettivo adeguato agli aumenti o alle diminuzioni anzidette²⁸¹.

In questo caso, la controversia si concluderebbe davanti all'organo giurisdizionale mediante la revisione dei termini contrattuali, con salvezza degli effetti del contratto, malgrado i tempi e i costi sostenuti per la composizione della lite.

Tuttavia, affinché ciò possa avvenire è pur sempre necessario che permanga la cooperazione tra le parti in lite.

Infatti, potrebbe accadere che innanzi alla richiesta di revisione del prezzo del contratto formulata dall'appaltatore *ex art* 1664, comma 2, cod. civ., il committente eccepisca che la variazione *necessaria* del progetto è di notevole entità, tale per cui, ai sensi dell'art. 1660, comma 3, cod. civ., potrebbe decidere di recedere dal contratto e di corrispondere all'appaltatore un equo indennizzo.

In questa ipotesi egli potrebbe profittare della sopravvenienza per "appropriarsi" – mutuando il gergo economico - della parte di opera fino a quel momento compiuta, essendo tenuto solo al pagamento di un equo indennizzo liquidato in via equitativa *ex art.* 1226 cod. civ.²⁸².

Se si considera poi che per sua stessa natura, l'equo compenso non ha né finalità risarcitoria né realizza una reintegrazione totale del pregiudizio economico patito dall'appaltatore per effetto delle difficoltà incontrate²⁸³, si comprende quanto la

²⁸¹Come si è osservato *supra* in relazione alla *non verificabilità* del danno risarcibile, analoghe considerazioni possono valere anche in relazione al *quantum* dovuto per l'adeguamento del corrispettivo, nel senso che anche la revisione del prezzo non può mai essere perfettamente corrispondente a quella realmente necessaria al riequilibrio del rapporto originario. A ciò si aggiungano anche i costi elevati che il ricorso dell'attività giudiziaria comporta nonché e i tempi necessari a pervenire ad una soluzione della lite. Questi elementi incidono inevitabilmente sulla scelta delle parti di proseguire la relazione contrattuale.

²⁸²PISU, *Commento all'art. 1664 cod. civ., op. cit.*, p. 510 la quale precisa che per opinione unanime le somme liquidate a titolo di equo compenso rappresentano solo una parte del corrispettivo e non costituiscono risarcimento del danno.

²⁸³*ID.*, *op. cit.*, p. 509 che sottolinea che l'equo compenso di cui al comma 2° dell'art. 1664 cod. civ. vale a coprire soltanto quegli oneri che risultano notevolmente al di fuori dell'*alea* normale del

previsione normativa, lungi dal realizzare una efficiente allocazione delle risorse, incentivi semmai l'adozione di comportamenti inefficienti.

4. *Investimenti specifici e hold up contrattuale*

Abbiamo osservato che, sulla base della normativa italiana vigente, l'intervento giudiziale assume lo scopo di integrare il regolamento contrattuale mediante la sua revisione e ciò soddisfacendo, da un lato, l'esigenza delle parti alla prosecuzione del rapporto e, dall'altro, quello collettivo al buon andamento della produzione²⁸⁴.

La decisione rimessa all'autorità giudiziaria, tuttavia, non sempre è in grado di rispecchiare la volontà delle parti, le quali potrebbero non gradire la decisione espressa dall'organo giudicante, per cui il ricorso a tale strumento potrebbe rivelarsi per loro rischioso.

Il modo migliore per gestire la situazione di incertezza generata dalla sopravvenienza resta, dunque, pur sempre quello della cooperazione tra i contraenti, ciò che presuppone che siano entrambi interessati alla prosecuzione del rapporto.

Si potrebbero verificare, tuttavia, situazioni nelle quali soltanto uno dei contraenti potrebbe essere interessato alla cooperazione, come nel caso in cui la sopravvenienza si realizzi successivamente all'effettuazione di un investimento specifico da parte di uno dei contraenti; in questo caso soltanto la parte che ha impegnato in modo vincolante i propri capitali avrebbe interesse alla modifica delle condizioni contrattuali al fine di garantire la salvezza del suo investimento²⁸⁵.

contratto, tanto da turbare la normale funzionalità del sinallagma. Esso, dunque, «*ha natura indennitaria e risponde ad una finalità integrativa perseguita mediante il ricorso all'equità*».

²⁸⁴Principio fondante della *law and economic* è rappresentato, infatti, dall'assunto secondo cui le parti stabiliscono ciò che è meglio per loro, cosicché, massimizzando l'interesse dei privati, si massimizza anche il benessere sociale.

²⁸⁵A tal proposito NICITA, SCOPPA, *op. cit.*, p. 199 chiarisce che il grado di specificità di una risorsa produttiva, o di un investimento, si può definire come «*il grado di riutilizzo della risorsa in impieghi alternativi senza che ciò comporti una diminuzione di valore della risorsa stessa o costi significativi di adattamento*». Sul punto si precisa che la specificità di un impiego può essere dovuta alle seguenti eventualità: 1. specificità della localizzazione (*site specificity*), relativa alle caratteristiche geologiche o paesaggistiche del luogo in cui viene eseguita la prestazione; 2. specificità fisica o materiale (*physical asset specificity*), relativa alle caratteristiche materiali o alle componenti di un prodotto; 3. specificità del capitale umano (*human asset specificity*), relativa a investimenti in formazione specialistica; 4. specificità idiosincratica, relativa a investimenti personalizzati mirati ad un'attività o una particolare clientela (*dedicated or idiosyncratic asset*), per i quali il grado di specificità è massimo.

Si supponga ad esempio che l'appaltatore, dopo aver stipulato il contratto per la realizzazione di un pozzo scopra una parete rocciosa attraversabile solo ad un costo rovinoso. Egli, tuttavia, ha già portato a compimento una parte di opera commissionata, stipulato i contratti di lavoro con soggetti qualificati e impiegato capitali nell'acquisto dei macchinari necessari allo scavo.

La scoperta geologica potrebbe aver determinato la necessità di una variazione del progetto superiore al sesto del prezzo complessivo convenuto e l'appaltatore potrebbe trovarsi nella materiale impossibilità di farvi fronte.

Il modo migliore per gestire tale sopravvenienza potrebbe essere quello di collocare l'esecuzione dell'opera in un luogo poco distante, ma il committente potrebbe opporsi alla rinegoziazione dei termini dell'accordo, inducendo così l'appaltatore ad esercitare il diritto di recesso ai sensi dell'art. 1660, comma 2, cod. civ..

In questo caso, egli potrebbe ottenere, secondo le circostanze, un'equa indennità e il committente potrebbe appropriarsi della parte di opera già eseguita nei limiti in cui sia per lui utile²⁸⁶.

Se si considera poi che l'equa indennità prevista dalla norma, oltre che commisurata, secondo l'opinione tradizionale, in base ai prezzi contrattuali in ragione della residua utilità per il committente, non è neppure automatica, nel senso che è subordinata alla valutazione del giudice, non solo circa il *quantum* ma anche in relazione all'*an*, si comprende la portata di tale infelice previsione normativa²⁸⁷. Anch'essa, lungi dal realizzare una efficiente allocazione delle risorse, incentiva semmai l'adozione di comportamenti inefficienti.

Il committente, infatti, ben potrebbe ritenere preferibile sciogliere il contratto e stipularne uno nuovo con altra impresa ad un prezzo più vantaggioso, profittando di quella parte di opera già eseguita.

²⁸⁶PISU, *Commento all'art. 1660 cod. civ.*, in *Codice dell'appalto privato*, LUMINOSO (a cura di), *op. cit.*, p. 424 ove si distingue a seconda che l'opera sia stata acquistata dal committente a titolo originario (nel qual caso dovrà essere pagata nei limiti di cui all'art. 1675 cod. civ., ovvero solo nel caso in cui il committente possa trarne utilità), mentre nulla sarà dovuto nel caso in cui l'opera non sia stata acquistata dal committente, non potendo questi essere obbligato all'acquisto a titolo derivativo.

²⁸⁷PISU, *op. cit.*, p. 423 ss.. Per una più approfondita disamina del dibattito dottrinale sulla interpretazione della norma v. *supra* Cap. II.

L'appaltatore invece, si troverebbe a farsi carico della sopravvenienza ottenendo, tutt'al più un'equa indennità e perdendo tutti i capitali investiti con conseguente rischio di fallimento della sua organizzazione aziendale.

Dall'esempio prospettato emerge che, l'effettuazione di investimenti specifici, (che si verificano costantemente nelle relazioni contrattuali "di durata"), crea dei vincoli rispetto al libero scambio di mercato concorrenziale, in cui tutte le risorse sono omogenee e fungibili.

In questi casi, non può esservi interesse reciproco alla cooperazione, poiché la parte che ha effettuato l'investimento specifico e il cui valore non è in tutto o in parte recuperabile, è esposta al rischio di opportunismo della controparte.

L'impossibilità per il contraente di recuperare il proprio investimento, infatti, può generare fenomeni di appropriabilità *ex post* del *surplus* con conseguente rischio di dipendenza economica e dunque di abuso della controparte.

Questo rischio di dipendenza che si verifica *ex post*, a seguito dell'effettuazione degli investimenti specifici, prende il nome di *hold up* contrattuale (letteralmente "*minaccia di rapina*") per cui il soggetto investitore si espone al rischio di interruzione arbitraria del rapporto contrattuale. Nel caso prospettato, infatti, solo la parte che ha effettuato l'investimento ha interesse a rinegoziare le clausole contrattuali al fine di non veder sfumare i propri investimenti e le proprie prospettive di guadagno.

La controparte, dal canto suo, potrebbe tentare di trarre profitto dalla sopravvenienza appropriandosi del bene al minor costo.

Occorre a questo punto verificare quale sia lo strumento più idoneo, nell'appalto e in generale nei c.d. contratti "di durata" per assicurare la conservazione degli effetti del contratto nell'interesse dei contraenti e dell'economia generale.

5. Internalizzare la sopravvenienza: la rinegoziazione

Sulla base delle considerazioni finora svolte, è possibile interrogarsi su quale sia lo strumento giuridico più efficiente per gestire le sopravvenienze contrattuali.

In proposito sembra plausibile ipotizzare che solo attraverso delle previsioni legali a favore della rinegoziazione sia possibile indurre la cooperazione pattizia diretta ad internalizzare l'esternalità generata dalla sopravvenienza²⁸⁸.

Per fare ciò è necessario che la legge preveda degli "incentivi" ovvero dei meccanismi diretti a portare i contraenti a preferire la rinegoziazione delle clausole contrattuali, rispetto alla risoluzione del contratto ad esempio prevedendo degli efficaci strumenti risarcitori.

Sotto questo profilo, si osserva che anche l'obbligo risarcitorio deve essere rapportato ai costi necessari a rinegoziare il contratto poiché solo nel caso in cui i benefici siano superiori, i contraenti saranno incentivati a modificare il precedente accordo.

Si deve tener conto, infatti, della circostanza che anche la rinegoziazione non è esente da problematiche che concernono i costi che le parti devono sostenere per stabilire il nuovo equilibrio negoziale: trattasi di costi legali per la definizione del nuovo assetto contrattuale, ma anche degli eventuali maggiori costi di esecuzione del nuovo contratto.

Quanto si è detto in relazione all'inadempimento efficiente, dunque, deve essere aggiornato alla luce dei costi derivanti dall'attuazione del meccanismo rinegoziativo. Pertanto, se:

– lucro cessante + danno emergente > costo di esecuzione + costo di rinegoziazione = inadempimento efficiente;

– lucro cessante + danno emergente < costo di esecuzione + costo di rinegoziazione = adempimento efficiente²⁸⁹.

Poiché la rinegoziazione comporta dei costi, che costituiscono una componente patrimoniale positiva, è più probabile che l'inadempimento sia efficiente e dunque che sia preferibile subire l'azione risarcitoria, piuttosto che rinegoziare e adempiere l'obbligazione, ragion per cui è ancora più arduo il compito di trovare il giusto equilibrio per indurre la rinegoziazione.

Si pone allora il problema di rendere – *de iure condendo* – la rinegoziazione efficiente attraverso la riduzione dei costi complessivi scaturenti dal contratto

²⁸⁸Con questa espressione si intende la necessità di evitare che il contratto stipulato tra le parti generi effetti negativi verso la collettività.

²⁸⁹MARTINO, *La rinegoziazione efficiente - Analisi economica e comparatistica*, in *www.academia.edu.it*, p. 4.

rinegoziato fino a renderli inferiori o quantomeno comparabili a quelli nascenti da una eventuale azione risarcitoria per inadempimento²⁹⁰.

Alla luce delle considerazioni finora svolte, può risultare difficile pensare al una norma *ad hoc* che imponga la rinegoziazione o deleghi al giudice il potere di rinegoziare se non altro per gli ostacoli che incontrerebbe da parte degli operatori privati.

Per tale ragione può essere ritenuto preferibile costituire una procedura "guidata" di rinegoziazione attraverso cui le parti, affiancate da tecnici specializzati nella materia, possono trovare un accordo in tempi rapidi e senza costi eccessivi.

L'esigenza di individuare uno strumento siffatto ha indotto la prosecuzione della presente ricerca nell'ambito del sistema comparatistico, al fine di individuare le soluzioni adottate in altri ordinamenti per fronteggiare il fenomeno delle sopravvenienze verificando la loro idoneità a soddisfare l'esigenza di conservazione del rapporto contrattuale, attraverso dei meccanismi di tutele dirette a proteggere gli investimenti effettuati dagli operatori economici ed incentivare così gli scambi di lungo periodo.

²⁹⁰ID, *op. cit.*, p. 5.

Capitolo quinto

La rinegoziazione nel panorama internazionale

1. La rinegoziazione secondo i Principi Unidroit: la clausola di *hardship*

Messe in evidenza le ragioni che spingono verso la previsione di un obbligo rinegoziativo, si ritiene opportuno a questo punto della ricerca analizzare l'accresciuto interesse per i meccanismi di adeguamento del contratto al quale si sta assistendo da qualche decennio in ambito internazionale, ove si registra un ampio intervento degli organismi sovranazionali teso all'elaborazione di regole e procedure dirette a disciplinare l'utilizzazione di tale strumento in relazione ad una sempre più fitta rete di scambi oltrefrontiera²⁹¹.

Infatti, dall'analisi della disciplina internazionale dei contratti commerciali si osserva come in questo settore sia assai diffusa la prassi dell'adattamento del contratto agli eventi sopravvenuti attraverso l'inserimento nel programma negoziale di apposite clausole di adeguamento²⁹².

La *ratio* di tale differente disciplina è senza dubbio da rintracciare nella circostanza che i contratti internazionali coinvolgono per definizione una pluralità di ordinamenti giuridici per cui è necessario individuare una disciplina comune. Inoltre, trattandosi per lo più di contratti di durata, l'incidenza del fattore tempo sulla relazione contrattuale rappresenta un fattore fondamentale tenuto conto altresì del fatto che tali contratti si inseriscono in un contesto di continui e rapidi mutamenti politici ed economici²⁹³.

In questo settore, un passaggio obbligatorio nell'analisi del fenomeno della rinegoziazione dei contratti è rappresentato dalle clausole di *hardship* la cui disciplina è espressamente contenuta in quel *corpus* di principi elaborati da autorevoli studiosi, portatori di diverse culture e tradizioni giuridiche, che sotto l'impulso dell'UNIDROIT, "Istituto internazionale per l'unificazione del diritto

²⁹¹GALGANO, *Diritto civile e commerciale, Le categorie generali, Le persone, La proprietà*, I, Padova, 2004, p. 95; MARASCO, *op. cit.*, p. 81; CESÀRO, *op. cit.*, p. 26 ss..

²⁹²MACARIO, *op. cit.*, p. 210.

²⁹³CIRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, *op. cit.*, p. 734 ss..

privato"²⁹⁴, hanno codificato una serie di disposizioni normative destinate a trovare applicazione nei contratti commerciali internazionali²⁹⁵.

Ciò, con la duplice funzione di dirimere, da un lato, le controversie secondo procedure più snelle ed efficaci e dall'altro, di guidare i legislatori statuali nella redazione di discipline normative sempre più uniformi alle regole che vigono a livello sovrastatuale²⁹⁶.

Le norme del progetto denominato "*Principles of International Commercial Contracts*" pur non avendo efficacia vincolante, essendo subordinate alla espressa previsione pattizia da parte di contraenti eterogenei, sono ispirate ad una grande flessibilità e si sono perciò dimostrate funzionali ai continui mutamenti economici, giuridici e tecnologici a cui è sottoposto il mondo della contrattazione internazionale.

Le finalità del progetto sono enunciate all'art. 1.6. che al comma 1 evidenzia la necessità di favorire un'applicazione uniforme dei Principi affinché essi siano applicati e interpretati il più possibile in modo omogeneo nei vari Paesi.

Il principio che più di ogni altro alimenta l'intera disciplina dell'Unidroit è quello del *favor contractus* che assume particolare importanza in relazione alle sopravvenienze proprio perché in questo ambito il rischio di caducazione del contratto e di conseguente perdita dei capitali investiti risulta maggiormente significativo²⁹⁷.

Nel capo dedicato all'"*Adempimento del contratto*", dopo aver consacrato il principio della naturale vincolatività del contratto (art. 6.2.1), i Principi Unidroit ne attenuano il rigore in relazione a quegli eventi c.d. di hardship (art. 6.2.2.), cosicché,

²⁹⁴I Principi in questione sono stati elaborati nel maggio del 1994 dal direttorio dell'istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato, costituito da autorevoli giuristi del diritto dei contratti e del diritto internazionale. Il testo integrale di tali è riportato da DE NOVA, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, in *I contratti*, 1994, n. 5, p. 501.

²⁹⁵La definizione di contratto internazionale risulta essa stessa problematica. In mancanza di una chiara qualificazione normativa, CIRIELLI, op. cit. p. 733 ss., considera internazionali «tutti quei contratti che presentino, da un punto di vista fattuale e sociale, collegamenti con sfere territoriali sottoposte all'autorità di Stati diversi e, dunque, con ambiti entro i quali siano in vigore sistemi giuridici differenti».

²⁹⁶L'interesse per i Principi UNIDROIT è confermato dalla copiosa letteratura giuridica tra cui si segnala DE NOVA, *I principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali*, in *Contratti*, 1995, p. 5; DI MAJO, *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contr. Impr. Eur.*, 1996, 1, p. 287 ss.; ALPA, *Prime note di raffronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, ivi, 1996, p. 316; ID., *I Principi Unidroit 2004 e i Principi di diritto europeo dei contratti*, in *Raccolta di studi giuridici*, 2004 reperibile sul sito internet www.consiglionazionaleforense.it; BONELLI, *I principi Unidroit. Un approccio moderno al diritto dei contratti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1997, p. 231.

²⁹⁷ALPA, *Prime note di raffronto*, op. cit., p. 317; CESÀRO, op. cit., p. 35.

se per effetto di accadimenti successivi alla stipulazione del contratto e del tutto estranei alla sfera volitiva delle parti, l'equilibrio economico tra le prestazioni risulta significativamente alterato, la parte onerata potrà chiedere la rinegoziazione del contratto²⁹⁸.

La clausola di *hardship* si riferisce così ad ogni evento sopravvenuto che, in modo grave e sostanziale, altera l'equilibrio contrattuale determinando l'accrescimento dei costi della prestazione o la diminuzione di valore della controprestazione²⁹⁹.

In ordine alle concrete modalità di esercizio della clausola, la dottrina osserva che la parte svantaggiata dalla sopravvenienza deve dare tempestiva e completa comunicazione dell'evento mediante notifica alla controparte ed esercitare il diritto alla rinegoziazione del contratto, potendo in caso di esito infruttuoso, adire l'autorità giudiziaria. In quest'ultima ipotesi, il giudice accertata la situazione di *hardship* e il disaccordo tra le parti, ha la possibilità di risolvere il contratto, stabilendo la sorte

²⁹⁸Si osserva al riguardo che il meccanismo di attivazione della vicenda rinegoziativa è invertito rispetto allo scenario che si realizza nell'ordinamento interno ai sensi dell'art. 1467 cod. civ., ove l'offerta di riduzione ad equità viene proposta dalla parte *non onerata*. Al fine di fornire una chiara visione di sistema si ritiene opportuno richiamare integralmente la disciplina in tema di *Hardship* contenuta nel Capitolo 6, Sez. II, dei Principi Unidroit che espressamente prevedono:

Art. 6.2.1. Obbligatorietà del contratto

Se l'adempimento del contratto diviene più oneroso per una delle parti, tale parte rimane ugualmente obbligata ad adempiere le sue obbligazioni, salvo quanto previsto dalle seguenti disposizioni sull'*hardship*.

Art. 6.2.2. Definizione di *Hardship*

Ricorre l'ipotesi di *hardship* quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione, e:

- (a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto;
- (b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto;
- (c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata;
- (d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata.

Art. 6.2.3. Effetti dell'*hardship*

(1) In caso di *hardship* la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. La richiesta deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata.

(2) La richiesta di rinegoziazione non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione.

(3) In caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice.

(4) Il giudice, se accerta il ricorrere di una ipotesi di *hardship*, può, ove il caso, (a) risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure (b) modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio.

²⁹⁹CESÀRO, *op. cit.* p. 36.

delle prestazioni già eseguite o, in alternativa, adattare le condizioni contrattuali al fine di ricostruire l'originario equilibrio economico-giuridico³⁰⁰.

Dall'analisi di tale disposizione normativa, parte della dottrina, ha messo in luce una certa genericità definitoria posto che non vengono individuati eventi specifici né forniti precisi parametri di valutazione. Dall'esame della prassi sono stati individuati, peraltro, tre requisiti che devono necessariamente caratterizzare l'evento sopravvenuto: esso deve essere 1) imprevedibile; 2) inimputabile; 3) apprezzabile³⁰¹.

In ordine al primo requisito, è necessario che l'evento sia estraneo alla sfera di controllo delle parti, di modo che esse non abbiano assunto il rischio del suo verificarsi; in caso contrario, l'assunzione del rischio renderebbe l'evento prevedibile e dunque imputabile alla parte che lo abbia assunto.

Al riguardo taluno ha obiettato che l'inserimento di una clausola di *hardship* nel regolamento contrattuale implica già la consapevolezza delle parti circa il possibile mutamento delle circostanze³⁰². L'obiezione, tuttavia, può essere superata osservando che in realtà ciò che rileva a questi fini è il fatto che i contraenti non possono essere ragionevolmente in grado di prevedere la natura, la portata e il momento della loro effettiva verifica.

Quanto al secondo requisito, si è rilevato che la sopravvenienza non deve essere imputabile alla condotta di uno dei contraenti cioè l'evento sopravvenuto deve porsi al di fuori della sua sfera di controllo³⁰³. Sotto questo profilo, parte della dottrina accoglie un significato ampio del concetto di esteriorità ritenendo che esso debba ricomprendere ogni circostanza che non si sarebbe potuta ragionevolmente prendere in considerazione al momento della conclusione del contratto.

Con riguardo al terzo aspetto, la sopravvenienza deve essere gravosa per almeno uno dei contraenti, e cioè da alterare in modo apprezzabile l'assetto di interessi originariamente pattuito.

Al di là dei caratteri specifici, la dottrina ha rilevato che il contenuto delle clausole di rinegoziazione è andato via via affinandosi parallelamente alla sua diffusione nei mercati internazionali, tanto che il loro inserimento può considerarsi

³⁰⁰CESÀRO, *op. cit.*, p. 38.

³⁰¹MARASCO, *La rinegoziazione del contratto, Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, GALGANO (a cura di), Padova, 2006, p. 61 ss..

³⁰²MARASCO, *op. cit.* p. 63.

³⁰³CIRIELLI, *op. cit.*, p. 758.

oramai espressione di una generale volontà di mantenimento del vincolo, di cui la clausola costituisce la *ratio* e l'essenza³⁰⁴.

Volendo sintetizzare, alcuni Autori distinguono a seconda che il loro contenuto sia espresso in modo generico e specifico: nel primo caso, le parti si limitano ad indicare in modo ampio la sopravvenienza riferendola per lo più a circostanze economiche, politiche o monetarie in grado di alterare considerevolmente l'economia del contratto³⁰⁵.

In altri casi la descrizione è dettagliata, cosicché le relative clausole finiscono con l'essere precise elencazioni di possibili eventi che potrebbero verificarsi durante l'esecuzione del rapporto.

L'utilizzo dell'una o dell'altra modalità di redazione della clausola di *hardship* determina significative conseguenze; un contenuto generico, se da un lato consente una maggiore elasticità e adattabilità alle future circostanze, dall'altro lato pone problemi di accertabilità dell'evento, il che si traduce in potenziali abusi da parte di colui che non è interessato alla rinegoziazione.

Tuttavia, anche una clausola troppo dettagliata non esclude il compimento di analoghi comportamenti abusivi: infatti, accade raramente che le parti riescano a prevedere con esattezza la verifica dell'evento così come descritto nel contratto e ciò comporta la possibilità che la controparte si opponga alla revisione dei termini dell'accordo, adducendo la non perfetta corrispondenza tra la clausola convenuta in sede di stipulazione e l'evento nel concreto verificatosi.

Per tale ragione è ormai diffusa la prassi di redigere clausole di *hardship* a struttura "mista", in base alle quali la previsione generale viene seguita da una previsione esemplificativa e non tassativa di possibili eventi che possono nel concreto realizzarsi nel corso dell'esecuzione del contratto. In tal modo viene garantita la flessibilità e la stabilità del rapporto unitamente alla certezza del raggiungimento di un accordo modificativo³⁰⁶.

Sul piano dell'operatività della clausola di *hardship* occorre soffermarci nell'analisi delle singole fasi che compongono la procedura rinegoziativa.

³⁰⁴MARASCO, *op. cit.*, p. 64

³⁰⁵FRIGNANI, *Le clausole di hardship*, in *Inadempimento, adattamento, arbitrato – Patologie dei contratti e rimedi*, contributi raccolti da DRAETTA, VACCÀ, Milano, 1992, p. 323 ss..

³⁰⁶MARASCO, *op. cit.*, p. 67; nello stesso senso anche FRIGNANI, *ibidem*, p. 356.

In primo luogo è possibile individuare una fase interlocutoria nella quale, al verificarsi della sopravvenienza, segue la sua tempestiva notificazione alla controparte e la valutazione di entrambe circa la sussistenza dei presupposti per accedere alla revisione del contratto.

In questa fase, il comportamento delle parti deve essere ispirato al principio di correttezza, per cui le rispettive comunicazioni dovranno avvenire entro un breve lasso temporale così da evitare un ulteriore aggravio della lesione dell'equilibrio contrattuale³⁰⁷.

Terminata la fase prodromica, inerente il riconoscimento della *hardship* e la sua comunicazione, si pone il problema delle strade percorribili per il superamento di tale avversità o difficoltà di esecuzione.

A tal proposito, il rimedio della sospensione dell'esecuzione del contratto appare come uno strumento marginale cui ricorrere solo in caso di contingenze passeggere. Maggiore diffusione presenta, invece, quello della rinegoziazione che consiste nell'adeguamento concordato dei termini dell'accordo così da consentire il raggiungimento di un nuovo equilibrio tra le prestazioni.

Le trattative mireranno a modificare il contratto al fine di ripristinare l'originario equilibrio sinallagmatico. Anche in questo caso vigerà il principio di correttezza, per cui le trattative dovranno svolgersi in un contesto di reciproca cooperazione³⁰⁸.

In caso di inadempimento dell'obbligo rinegoziativo o nell'ipotesi di mancato raggiungimento dell'accordo entro un termine ragionevole, il contratto può prevedere la possibilità di deferire la soluzione della controversia ad un terzo, arbitro o esperto, il quale potrà procedere alla risoluzione del contratto ovvero provvedere egli stesso alla sua revisione.

Alla luce di siffatta procedura rinegoziativa, constatando la sua efficacia e diffusione nel contesto internazionale, si pone il problema di stabilire se i Principi Unidroit possano trovare applicazione anche nel nostro ordinamento interno.

Come si è detto, i Principi non hanno carattere vincolante per cui occorre stabilire quale valore pratico possano rivestire nel nostro sistema giuridico. Secondo una parte della dottrina la risposta al quesito si può rinvenire nella nostra

³⁰⁷MARASCO, *op. cit.*, p. 75.

³⁰⁸ID., *op. cit.*, p. 76.

giurisprudenza la quale, al fine di consentire l'ammissibilità alla luce del nostro diritto di nuove figure contrattuali, ha permesso che l'evoluzione "normativa" di matrice commerciale che si realizza a livello internazionale possa trovare asilo nel nostro ordinamento, che dunque non si presenta insensibile alle innovazioni³⁰⁹.

Il riferimento va, in particolare, alla pronuncia della Suprema Corte che, in materia di contratti atipici al fine di affermarne l'ammissibilità nel nostro ordinamento, ha dato rilievo alla loro diffusione nell'ambito del commercio internazionale³¹⁰. Secondo questo orientamento in questa pronuncia la Corte, consapevole dell'isolamento economico al quale avrebbe destinato il nostro Paese escludendo la validità di modelli contrattuali generalmente riconosciuti nella prassi sovranazionale ha preferito adottare una linea interpretativa flessibile che consentisse al nostro ordinamento di venire integrato, per il tramite del giudizio di meritevolezza, dai principi vigenti nelle "nazioni di civiltà giuridica affine"³¹¹.

Argomenti a favore della compatibilità dei Principi col nostro ordinamento si traggono anche dal loro Preambolo ove si legge:

«I Principi si applicano quando le parti hanno convenuto che il loro contratto sia da essi disciplinato»

Parte della dottrina commenta la disposizione in esame nel senso che ove «l'autonomia delle parti si ponga sul piano negoziale, anziché internazionalprivatistico, esse sono libere di determinare con il loro accordo il contenuto del rapporto giuridico che col contratto pongono in essere»³¹².

Pertanto, i Principi saranno applicabili alla stregua di qualunque altra clausola contrattuale e saranno applicabili nei limiti in cui non contrastino con le norme imperative della *lex contractus* da individuare attraverso il ricorso alle norme di diritto internazionale privato³¹³.

Proseguendo nella lettura del Preambolo si riscontrano altri casi nei quali può essere data applicazione ai Principi, ovvero:

³⁰⁹ID., *ibidem*, p. 81.

³¹⁰Cass., 1 ottobre 1987, n. 7341, in *Foro it.*, 1988, I, c. 106.

³¹¹L'espressione, propria del diritto internazionale privato, è usata da GALGANO, *Diritto civile e commerciale, Le obbligazioni e i contratti*, II, 1, Padova, 2004, p. 232.

³¹²PERASSI, *Sull'autonomia dei contraenti*, in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1958, p. 176 ss..

³¹³FERRARI, *op. cit.*, p. 306.

«I Principi possono applicarsi quando le parti hanno convenuto che il loro contratto sia regolato dai “principi generali del diritto”, dalla “lex mercatoria” o simili».

Tale disposizione evoca il noto dibattito in ordine alla qualificazione della *lex mercatoria* come autonoma fonte del diritto. Benché per lungo tempo le clausole che rendevano applicabile tale prassi commerciale sono state considerate invalide, la tendenza attuale sembra essere di segno opposto³¹⁴.

Dall'esame di tale disposizione, parte della dottrina ha rilevato che l'operatività dei Principi nel nostro ordinamento è subordinata all'espressa previsione delle parti risultante dalla lettera del contratto, in base alla quale esso deve essere regolato *«dai principi generali del diritto, lex mercatoria o simili»*³¹⁵ e ciò a prescindere dal fatto che il contratto sia o meno qualificabile come internazionale.

Secondo questa tesi, infatti, poiché l'applicabilità diretta dei Principi è subordinata alla espressa volontà delle parti, così da divenire parte del contratto *per relationem*, essi troveranno applicazione a prescindere dal fatto che il contratto stipulato sia o meno intercorrente tra soggetti di nazionalità diverse³¹⁶.

In senso ancor più ampio, si registra inoltre un altro orientamento secondo il quale la clausola di *hardship* e più in generale lo strumento della rinegoziazione sono da considerare "principi generalmente riconosciuti"³¹⁷. La tesi trae le sue argomentazioni dalla generale diffusione dei Principi Unidroit sul piano internazionale, quale espressione della c.d. nuova *lex mercatoria*, da cui si può ricavare la possibilità che essi possano trovare applicazione nel nostro ordinamento,

³¹⁴ID., *ibidem*, p. 307ss. ove l'Autore conferma l'assunto sulla base del fatto che la possibilità di designare quale “legge” applicabile al rapporto contrattuale i principi generali o la *lex mercatoria* è stata riconosciuta non solo da corti arbitrali internazionali e nazionali ma anche dai legislatori francese e olandese intervenuti in materia di arbitrato novellando il codice di rito interno di ciascun Paese. Le nuove disposizioni sono considerate come riconoscimento, a livello legislativo della *lex mercatoria* quale autonoma fonte del diritto..

³¹⁵Il riferimento alla *lex mercatoria*, che evoca l'antico *ius mercatorum* quale diritto generato dalla prassi dei mercati, non è di poco conto laddove si consideri che è ormai invalsa la tesi secondo cui i Principi Unidroit siano applicabili ai contratti internazionali in quanto espressione della c.d. nuova *lex mercatoria*; in questo senso MARASCO, *op. cit.*, p. 77.

³¹⁶In tal senso FERRARI, *I principi per i contratti commerciali internazionali dell'Unidroit e il loro ambito di applicazione*, in *Contr. Impr. Europa*, 1996, p. 315.

³¹⁷MARASCO, *op. cit.*, p. 81.

purché non si pongano in conflitto con le regole e i principi fondamentali dell'ordinamento interno³¹⁸.

In base a questa impostazione l'applicazione dei Principi Unidroit ai contratti dovrebbe avvenire a prescindere dalla circostanza che essi siano stati espressamente richiamati dalle parti nel regolamento contrattuale ma, più in generale, in applicazione del diritto interno³¹⁹. Se ne trae conferma dagli stessi Principi Unidroit e da altri interventi che, sul piano internazionale, promuovono la rinegoziazione come strumento più idoneo a consentire l'adattamento del contratto al mutare delle circostanze³²⁰.

Nonostante gli sforzi della dottrina tesi alla critica verso l'inoperatività dei Principi nel nostro ordinamento interno, consta rilevare che il loro ambito di applicazione è ancora limitato alla contrattualistica internazionale. Occorrerà attendere, pertanto, la stipulazione di una nuova Convenzione internazionale che, ratificata dallo Stato italiano, consenta di realizzare una uniformità giuridica tra le discipline dei contratti interni e di quelli internazionali.

Un importante passo in questa direzione si sta registrando in ambito europeo ove è in corso di elaborazione un «Codice di diritto europeo dei contratti» con l'obiettivo di realizzare un mercato unico a livello comunitario. In attesa di una loro compiuta elaborazione, continueranno a trovare applicazione le regole dettate dalla Convenzione di Roma sulla scelta della legge applicabile ai contratti internazionali, che, tuttavia, costituiscono secondo i più un mezzo povero e comunque transitorio, ossia applicabile fino a quando il diritto sostanziale non sarà unificato³²¹.

³¹⁸GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 76; ID., *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2005, p. 539 ss..

³¹⁹MARASCO, *op. cit.*, p. 84.

³²⁰In proposito, un ulteriore riferimento si ricava dall'analisi dei Principi di Diritto Europeo dei Contratti, che costituiscono il fondamento di un più ampio progetto diretto all'elaborazione di un Codice di Diritto Europeo dei Contratti. I Principi presentano regole in parte comuni sia ai Principi Unidroit che alla Convenzione di Vienna, ad esempio prevedono il dovere di agire secondo lealtà e correttezza. Un principio comune ai soli Principi Unidroit riguarda la c.d. *hardship rule* (art. 6.111, PECL) secondo cui in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione dovuta ad un mutamento delle circostanze, le parti sono tenute ad aprire le trattative per modificare o sciogliere il contratto e in caso di mancato accordo è il giudice che interviene per modificare o risolvere il contratto. Al riguardo si v. VALLE, *Progetti per la realizzazione di un diritto comune europeo dei contratti*, in *Contr. Impresa/Europa*, 2000, p. 683 ss..

³²¹GANDOLFI, *Per la redazione di un «codice europeo dei contratti»*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1995, p. 1076; in senso analogo VALLE, *op. cit.*, p. 685 la quale osserva che la circostanza che il contratto sarà regolato da una legge straniera creerà problemi ad almeno una delle parti, senza contare che vi sarà comunque incertezza in ordine alla legge applicabile in quanto, il giudice innanzi al quale

Per ora sembra potersi concludere che, almeno finché non assumeranno una veste vincolante i Principi *de quo* potranno trovare applicazione nell'ordinamento interno solo per il tramite della libera scelta dei contraenti che, nell'esercizio dell'autonomia privata, decidano di sottoporre il loro contratto sia esso interno o internazionale alle regole in essi sancite.

2. L'attuale gestione delle sopravvenienze nei Paesi di civil law

Si é già avuto modo di esporre come nei Paesi appartenenti all'area del *civil law* si è assistito ad una lenta ma continua evoluzione del principio *rebus sic stantibus* che ha condotto nel XX secolo, dopo i due conflitti mondiali, all'elaborazione di strumenti sempre più raffinati per la gestione delle sopravvenienze.

Lo sforzo maggiore è stato profuso dalla dottrina, intenta ad individuare e circoscrivere nel modo più accurato possibile i casi di mutamento delle circostanze e i criteri mediante i quali affettuare la loro selezione³²².

Partendo dall'esame dell'attuale disciplina francese si osserva che essa non prevede disposizioni riferite alle sopravvenienze; in particolare, l'art. 1134 *Code Napoléon*, al pari di quanto prevede l'art. 1372 cod. civ. italiano, si limita a sancire il principio della vincolatività del contratto, che non può sciogliersi se non per mutuo consenso; unico limite alla sua efficacia è rappresentato dalla *force majeure* che consiste nella oggettiva impossibilità della prestazione, non rilevando le ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta³²³.

In particolare l'art. 1793 *Code Napoléon* esclude espressamente, in materia di appalto, la possibilità di richiedere la revisione del corrispettivo e ciò al preciso scopo di porre fine ad una pratica piuttosto diffusa che aveva indotto in passato gli appaltatori a contenere il prezzo dei lavori prima dell'aggiudicazione, per poi richiedere un adeguamento del corrispettivo nel corso di esecuzione del contratto, invocando l'istituto dell'arricchimento senza causa: per ovviare a questa prassi, il legislatore francese ha quindi escluso ogni possibilità di revisione del corrispettivo.

verrà radicata la controversia, tenderà ad applicare per quanto possibile la propria legge nazionale.

³²²GALLO, *op. cit.*, p. 108.

³²³CASELLA, *op. cit.*, p. 31.

Nonostante le preclusioni normative, la dottrina francese ha voluto comunque dare un qualche peso allo squilibrio determinato dalla sopravvenienza di nuove circostanze, elaborando l'istituto dell'*imprévision* secondo cui nei contratti commutativi è ammessa la modifica degli obblighi giuridici sulla base del fatto che le condizioni in cui sono stati assunti siano sostanzialmente modificate³²⁴.

La posizione della giurisprudenza, specialmente di legittimità, è sempre stata invece restrittiva, anche se non sono mancate occasioni nelle quali si sono registrate significative aperture che hanno consentito di dare rilevanza al fenomeno delle sorprese.

Lo stesso legislatore francese, da un lato è intervenuto con provvedimenti speciali ed urgenti per far fronte a situazioni contingenti che generavano squilibrio tra le prestazioni (ad es. una guerra), dall'altro ha adottato discipline normative destinate a durare nel tempo al fine di attribuire ai giudici il potere di modificare o risolvere i rapporti contrattuali³²⁵.

La stessa giurisprudenza ha ammesso in più di un'occasione la possibilità di modificare il contenuto di un contratto facendo leva su una interpretazione estensiva del concetto di *force majeure* o ricorrendo ad altri istituti quali errore, buona fede, causa, abuso del diritto o ingiustificato arricchimento.

Questa apertura è particolarmente evidente in materia di contratti amministrativi, ove il Consiglio di Stato, sulla scia di un noto precedente giudiziario, ammette ormai pacificamente il ricorso alla revisione dei contratti stipulati con la pubblica amministrazione.

Tale tendenza trova la sua matrice in una risalente pronuncia del Consiglio di Stato francese del 1916, nota come *Arrêt du Gaz de Bordeaux*, avente ad oggetto un contratto di fornitura di luce e gas somministrati da una società concessionaria nel Comune di Bordeaux³²⁶.

Dopo lo scoppio della guerra, il costo delle materie prime subì un aumento considerevole, tale da non rendere più proficua la prosecuzione del rapporto contrattuale alle condizioni originariamente concordate. Al rifiuto da parte della pubblica amministrazione di modificare i termini dell'accordo, la società

³²⁴Per una esauriente trattazione di tale orientamento dottrinario francese si rinvia a GALLO, *op. cit.*, p. 85 ss..

³²⁵CASELLA, *op. cit.*, p. 31.

³²⁶La controversia è menzionata da GALLO, *op. cit.*, p. 90 e più nel dettaglio p. 344.

somministratrice adì l'autorità giudiziaria che accolse l'istanza di revisione del contratto, ritenendo che l'interesse collettivo alla continuità dei servizi pubblici essenziali dovesse considerarsi prevalente rispetto alla stabilità dei rapporti contrattuali³²⁷.

L'ordinamento che forse più di ogni altro ha recepito l'esigenza di adeguamento del contratto al mutare delle circostanze che ne avevano determinato la conclusione, è quello tedesco, ove a partire dalla recente riforma del BGB nel 2003, ha espressamente riconosciuto la possibilità di adeguamento del contratto alle circostanze sopravvenute.

Già in passato, prima ancora del citato intervento normativo, l'ordinamento tedesco aveva mostrato una certa flessibilità e apertura in relazione al verificarsi delle sopravvenienze. In particolare, a seguito dei due conflitti mondiali, la giurisprudenza e la dottrina profusero un considerevole impegno nel tentativo di adattare la rigida disciplina codicistica al mutare delle circostanze contrattuali e dare così risposta alle nuove esigenze manifestate dai contraenti.

In particolare, notevole rilievo assunse negli anni '20 l'orientamento secondo il quale il giudice, in applicazione dei principi di buona fede *ex* § 242 BGB, poteva non solo risolvere il contratto ma anche modificare il corrispettivo qualora ciò fosse necessario per ricondurre ad equità il programma negoziale voluto dalle parti³²⁸.

Da qui l'elaborazione da parte di autorevole dottrina nel concetto di *Geschäftsgrundlage*, ovvero di "fondamento del contratto", il cui venir meno determinava il legittimo scioglimento o la richiesta di revisione dell'accordo per effetto del sopravvenuto squilibrio tra le prestazioni³²⁹.

Il concetto dottrinario di *Geschäftsgrundlage* ha trovato poi applicazione in ambito giurisprudenziale³³⁰ e, infine, espresso riconoscimento legislativo. Con la

³²⁷ GALLO, *op. cit.*, p. 344.

³²⁸ In proposito si richiamano le precedenti considerazioni svolte nel Cap. I, par. 2.1 del presente lavoro.

³²⁹ La dottrina più significativa richiamata da GALLO, *op. cit.* p. 97 è rappresentata da OERTMANN, *Die geschäftsgrundlage, Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, Erlangen, 1921, pp. 128 ss. secondo il quale il sopravvenuto squilibrio tra le prestazioni determina la possibilità di revisione dell'accordo, mentre la sopravvenuta impossibilità di raggiungimento dello scopo contrattuale consentirebbe il ricorso al rimedio risolutorio. In questo senso anche LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, München, 1963 secondo il quale è possibile distinguere quattro ipotesi rilevanti: 1) il venir meno della comune aspettativa delle parti; 2) l'errore comune; 3) il venir meno del rapporto di equivalenza tra le prestazioni; 4) l'irraggiungibilità dello scopo contrattuale, in GALLO, *ibidem*.

³³⁰ Già da lunga data la giurisprudenza tedesca, conformemente alla dottrina ammette non solo la

novella del 2003, il legislatore tedesco ha, infatti, espressamente previsto al comma 1 del § 313 BGB, rubricato *"Turbative del fondamento negoziale"*, che *«qualora le circostanze poste a fondamento del contratto si siano gravemente modificate successivamente alla sua conclusione, tanto che le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso con un altro contenuto se avessero previsto una tale modificazione, può essere chiesto un adeguamento del contratto; perché si possa procedere alla revisione è chiesto che il mutamento delle circostanze sia tale che non si possa ragionevolmente imporre ad una parte il mantenimento del contratto invariato, tenuto conto delle circostanze e, in particolare della ripartizione contrattuale o legale dei rischi»*³³¹.

Il rimedio del recesso dal contratto è previsto solo in via sussidiaria al punto 3 del § 313 BGB, in cui esso viene circoscritto alle sole ipotesi in cui un adattamento del contratto sia impossibile, ovvero non si possa ragionevolmente chiedere ad una parte di accettarlo. Nei contratti di durata il diritto di recesso è sostituito dalla disdetta³³².

Dall'analisi della nuova disciplina parte della dottrina ha individuato i confini dell'obbligo di revisione del contratto, ovvero: a) la circostanza sopravvenuta deve rientrare nel fondamento del contratto; b) la sopravvenienza non deve rientrare nel rischio assunto dalla parte onerata (*alea* normale del contratto) e deve essere tale da rendere irragionevole l'esecuzione del contratto originario in base al canone di buona fede³³³.

Sotto il profilo operativo, il rimedio manutentivo della revisione non si aziona *ipso iure* ma è presupposta la collaborazione tra le parti in una prospettiva peraltro

possibilità di risolvere i contratti divenuti eccessivamente onerosi, ma anche quella di modificare l'entità del corrispettivo; in questo senso CASELLA, *op. cit.*, p. 32 ove si afferma che *«la tendenza prevalente è nel senso di considerare la risoluzione del contratto come una extrema ratio alla quale ricorrere solo quando non sia possibile mantenere in vita il contratto con le variazioni necessarie per ricondurlo ad equità»*.

³³¹ Sul contenuto della nuovo § 313 di recente riforma, v. MARASCO, *op. cit.*, p. 95, il quale osserva che il BGB equipara alla modificazione delle circostanze, il caso in cui le rappresentazioni rilevanti delle parti, poste a fondamento del contratto si rivelino errate.

³³² Il testo originale della norma contenuta nel BGB, § 313 co. 3, prevede testualmente che *«Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung»*.

³³³ MARTINO, *La rinegoziazione efficiente - Analisi economica e comparatistica*, in www.academia.edu.it, p. 7.

totalmente estranea al nostro sistema, benché sia astrattamente in linea con il nostro dettato costituzionale.

Il ruolo del giudice è eventuale e marginale, essendo limitato alle ipotesi in cui una parte proponga la rinegoziazione e l'altra di opponga; in tal caso, la prima può chiedere al giudice di stabilire se esista o meno l'obbligo di rinegoziare e se l'adeguamento del contratto sia possibile e pretendibile.

La novità della nuova disciplina consiste proprio in ciò, ovvero nell'attribuzione al giudice del potere di stabilire se sussiste o meno l'obbligo in capo ai contraenti di modificare i termini dell'accordo.

A tal fine, l'interprete é chiamato ad individuare lo schema di ripartizione del rischio che emerge dal contenuto del programma negoziale, tenuto conto di due fattori, ovvero il "tipo negoziale" scelto dalle parti e il contenuto delle clausole contrattuali da esse inserite, analizzati sotto la lente del principio di buona fede.

Ove il giudice accerti l'esistenza dell'obbligo, le parti sono tenute ad adeguare il programma negoziale e in caso di rifiuto dell'una, l'altra potrà recedere dal contratto ed esperire l'azione risarcitoria³³⁴.

Alla luce dei criteri di analisi economica che si è avuto modo di esaminare³³⁵, la soluzione tedesca appare efficiente sotto due profili: da un lato, essa non attribuisce al giudice il potere di intervenire direttamente nel contratto, al contrario di quanto avviene secondo la disciplina dettata dai Principi Unidroit in tema di *hardship*, in tal modo preservando il principio di autonomia privata; dall'altro lato, "spinge" la parte onerata a rinegoziare, poiché essa sa già che in caso contrario subirà l'azione risarcitoria.

A ben vedere, tuttavia, anche la soluzione tedesca non sembra esente da perplessità. Infatti, sulla base delle considerazioni di analisi economica svolte in precedenza, la parte svantaggiata dalla sopravvenienza può avere interesse a proporre l'azione giudiziaria finalizzata alla rinegoziazione solo allorché i benefici che si trarrebbero dall'adempimento del contratto rinegoziato siano superiori rispetto all'ammontare del risarcimento dovuto alla controparte in caso di inadempimento: essendo il comportamento degli operatori economici dominato da finalità

³³⁴MARTINO, *La rinegoziazione efficiente - Analisi economica e comparatistica*, in www.academia.edu.it, p. 7.

³³⁵Sul punto v. *supra* Cap. IV.

opportunistiche, infatti, la parte onerata dalla sopravvenienza potrebbe ritenere preferibile non adempiere e approfittare dell'evento sopravvenuto per sciogliere il contratto e destinare le somme ad altro investimento maggiormente proficuo.

Sarebbe allora la controparte in questo caso ad avere interesse alla rinegoziazione e a proporre l'azione giudiziaria volta a superare l'*impasse* data dalla sopravvenienza. Ma l'esito del giudizio, in base alla soluzione tedesca, non avrebbe grossi margini di successo poiché la parte inadempiente, anche in presenza di una pronuncia favorevole al riconoscimento di un obbligo rinegoziativo, potrebbe rifiutare comunque la modifica del contratto ritenendo preferibile destinare le somme ad altro affare.

L'esito di tale condotta, se da un lato comporta il sacrificio dell'operazione giuridica oggetto del contratto d'appalto, dall'altro risponde alle finalità di efficienza economica con salvezza degli equilibri di mercato³³⁶.

3. L'esperienza angloamericana: il Claim e la risoluzione delle controversie innanzi al Dispute Review Boards (DRBs)

Al pari dell'evoluzione avvenuta nell'area del *civil law*, anche i Paesi del *common law* attualmente mostrano la tendenza a riconoscere rilevanza alle sopravvenienze contrattuali.

Nella giurisprudenza inglese non è difficile imbattersi in pronunce nelle quali si afferma che, laddove l'eccessiva onerosità sopravvenuta abbia portato una variazione dei costi tale da rendere la prestazione completamente diversa da un punto di vista economico rispetto a quanto pattuito, ben può darsi luogo a risoluzione. Trattasi di un'evoluzione degna di nota poiché in passato, come si è visto, il mero

³³⁶Il concetto di equilibrio del mercato ha radici storiche risalenti. La sua elaborazione risale agli anni successivi alla seconda guerra mondiale e viene attribuita a John von Neumann, matematico di origine ungherese e assiduo frequentatore del circolo di Vienna, il quale si adoperò per trasferire le impostazioni concettuali matematiche nelle scienze sociali. Al risultato pervenne insieme a Oskar Morgenstern con cui elaborò la teoria dei giochi nel 1944 compiendo così la grandiosa opera di assiomatizzazione della condotta umana in vista del risultato di equilibrio generale. La teoria dei giochi rappresenta la realizzazione concreta ed efficace dell'idea presentata nel manifesto del Circolo di Vienna, ossia del fatto che l'unica visione oggettiva del mondo è quella ottenuta con metodo scientifico. In questo senso v. ARNAUDO, *La ragione sociale. Saggio di economia e diritto cognitivi*, Roma, 2012, p. 18 ss..

incremento dei costi non comportava alcuna liberazione del debitore, non rappresentando una vera e propria impossibilità della prestazione,³³⁷.

Nel sistema inglese tuttavia il giudice ha scarso se non inesistente potere di adattamento del contratto, poiché il diritto inglese affronta il problema delle sopravvenienze in termini di un drastico *aut aut*: o permane il vincolo giuridico nonostante il maggior sacrificio imposto all'obbligato, oppure si avrà una caducazione del contratto in applicazione degli istituti della *impossibility* o *frustration* (ovvero impossibilità o radicale trasformazione della prestazione rispetto a quanto originariamente pattuito)³³⁸.

L'effetto legale della *frustration* consiste nella caducazione del vincolo a partire dal verificarsi dell'evento perturbativo (*ex nunc*). Da tale regola, in passato, potevano discendere delle conseguenze problematiche poiché gli obblighi già maturati nel periodo precedente avrebbero dovuto essere adempiuti, anche se rimasti privi di causa³³⁹.

Tale disfunzione è stata ormai superata a seguito dell'entrata in vigore nel 1943 della *Law Reform Frustrated Contracts Act* con la quale, ad eccezione dei contratti di noleggio, assicurazione e accordi di vendita relativi a beni determinati in cui il rischio non sia ancora passato al compratore, è stato previsto da un lato la ripetizione delle somme pagate da ciascun contraente prima dell'evento sopravvenuto e dall'altro il pagamento di un compenso a fronte delle spese sostenute da colui che ha adempiuto parzialmente alla prestazione commisurata ai benefici conseguiti dalla controparte³⁴⁰.

L'esame della legislazione inglese, passata brevemente in rassegna, solleva perplessità analoghe a quelle esposte in relazione al sistema interno: la previsione di un mero "compenso" limitato all'utilità che l'altro contraente può trarre dalla prestazione fino a quel momento compiuta, determina l'assunzione del rischio a

³³⁷CASELLA, *op. cit.*, p. 33.

³³⁸ROSSELLO, *Sopravvenienze impreviste e adattamento del contratto nel diritto inglese e statunitense*, in *Inadempimento, adattamento e arbitrato*, contributi raccolti da DRETTA-VACCÀ, Milano, 1992, p. 376 e 379 ove si richiama la definizione resa da Lord Radcliffe secondo la quale «ricorre *frustration* quando la legge riconosce che, senza colpa alcuna delle parti, un obbligo contrattuale non può essere adempiuto in quanto le circostanze nelle quali l'adempimento è richiesto lo renderebbero qualcosa di radicalmente diverso rispetto a quanto era stato pattuito nel contratto».

³³⁹ROSSELLO, *op. cit.*, p. 379-380.

³⁴⁰ROSSELLO, *ibidem*, p. 380.

carico dal solo contraente onerato dalla sopravvenienza senza alcuna possibilità di prosecuzione del rapporto contrattuale.

Maggiori flessibilità presenta invece il sistema nord americano ove si riscontra una disciplina della risoluzione simile a quella inglese, posto che si ammette l'operatività di tale rimedio solo ove l'esecuzione del contratto sia divenuta oggettivamente impossibile o quando sia venuto meno lo scopo per il quale il medesimo è stato concluso³⁴¹.

Tuttavia, a differenza del sistema inglese la prassi giurisprudenziale statunitense mostra maggiori aperture, soprattutto nei suoi recenti sviluppi, verso la possibilità di giungere ad un'equa revisione del corrispettivo al fine di consentire la permanenza in vita del contratto a condizioni modificate alla luce della sopravvenienza.

In passato i giudici americani aderivano ad un concetto di impossibilità in senso stretto in base a cui le mere difficoltà di esecuzione della prestazione non costituivano esimente. A partire dal 1932 venne ampliato il concetto di impossibilità ricomprendendo non solo l'impossibilità in senso stretto, ma anche l'impraticabilità dovuta ad estrema difficoltà, irragionevoli difficoltà, spese, danni o perdite³⁴².

Il concetto di *commercial impracticability*, tuttavia, è stato anch'esso interpretato in senso restrittivo dalle Corti americane, di fatto riluttanti a consentire la risoluzione del contratto in presenza di eventi sopravvenuti che potrebbero rendere antieconomico l'originario accordo. In sostanza si è ritenuto che il solo aumento dei costi non sia sufficiente a risolvere il contratto, essendo necessario una lievitazione estrema che nella prassi si assesta nella soglia del 100% rispetto all'originaria prestazione³⁴³.

Ma il dato maggiormente significativo, ai fini che interessano la presente ricerca, è dato dalla previsione di un'alternativa rispetto alla risoluzione o al mantenimento del contratto nei termini originari ovvero la possibilità per il giudice americano di intervenire in prima persona nelle procedure di rinegoziazione attraverso un aggiustamento equitativo del contratto³⁴⁴.

³⁴¹CASELLA, *op. cit.*, p. 34.

³⁴²ROSSELLO, *op. cit.*, p. 385.

³⁴³ID., *ibidem*, p. 387.

³⁴⁴ROSSELLO, *op. cit.*, p. 389.

Al riguardo, l'*Uniform Commercial Code* (UCC) ha recepito alla *section 2-615* la nozione di *commercial impracticability* sancendo che «la ritardata o mancata consegna totale o parziale da parte del venditore [...] non è inadempimento della sua obbligazione derivante dal contratto di compravendita se la prestazione concordata è stata resa impraticabile dal verificarsi di una contingenza il cui non verificarsi era un assunto di base su cui il contratto venne stipulato»³⁴⁵.

Ebbene, nel commento ufficiale all'UCC si afferma in proposito che «nelle situazioni in cui né il buon senso né la giustizia vengono soddisfatti quando il problema venga posto in termini di esimente o non esimente, è necessario un adeguamento secondo le previsioni di questo articolo [...] di adoperare principi equitativi in sostegno degli standard commerciali e buona fede»³⁴⁶.

Tra le varie applicazioni di tale principio nel sistema statunitense si segnala un'importante *leading case* del 1980, noto come *Aluminium Co. Of America (ALCOA) v. Essex Group*³⁴⁷, nel quale si è chiarito che i giudici, qualora le parti non siano riuscite a predisporre idonee clausole di adeguamento del corrispettivo, possono imporre la revisione del medesimo al fine di ricondurre il contratto ad equità.

Nella specie la controversia aveva ad oggetto un contratto concluso nel 1967 in base al quale ALCOA si impegnavo per un dato periodo di tempo nei confronti di Essex a trasformare un determinato quantitativo di materiale grezzo in alluminio ad un prezzo parametrato ad indici prestabiliti. Sennonché durante l'esecuzione del contratto, a causa di un'impennata improvvisa dei prezzi dei prodotti petroliferi, lievitarono anche le spese sostenute da ALCOA per l'impiego di energia elettrica. Essa si trovò dunque a sostenere costi ben maggiori rispetto a quelli che si potevano ragionevolmente attendere al momento della stipulazione del contratto.

La controversia che originò tale situazione venne decisa dalla Corte americana mediante l'adeguamento giudiziale dei termini dell'accordo. Nello specifico i giudici procedettero di propria iniziativa ad elaborare il meccanismo in base al quale fissare

³⁴⁵ROSSELLO, *op. cit.*, p. 386.

³⁴⁶ROSSELLO, *op. cit.*, p. 389-390.

³⁴⁷Corte distr. USA, 7 aprile 1980, in *Foro it.*, 81, IV, p. 363.

il nuovo prezzo cimentandosi in un terreno nel quale sia le parti che i loro consulenti avevano fallito³⁴⁸.

Si nota dunque come nella *contract law* statunitense siano ammessi tutt'ora dei meccanismi di revisione del contratto ad opera del giudice finalizzati alla salvaguardia dei suoi effetti. Non è detto, tuttavia, che il fine giustifichi i mezzi, posto che un atteggiamento troppo disinvolto dei giudici e il ricorso a valutazioni equitative porta con sé il rischio di soluzioni abnormi imposte alle parti in spregio al principio di autonomia contrattuale.

Una soluzione di maggior cautela sotto questo profilo si è registrata nel sistema nordamericano in materia di appalti.

In questo settore, già a partire dal 1887 un'apposita commissione nominata dalla *National Association of Builders* aveva elaborato un corpo di modelli contrattuali vevoli tra committenti e appaltatori che presero il nome di *Uniform Contract* e che hanno trovato larga diffusione nella prassi proprio per la loro capacità di adattamento al mutare delle circostanze.

Attualmente l'A.I.A. (*American Institute of Architects*) procede costantemente all'aggiornamento dei c.d. *construction standard documents* e, precisamente, dell'A.I.A. *Documents A-201-General Condition of the Contract for Construction*, in collaborazione con l'Associazione degli appaltatori, al fine di garantire lo sviluppo di forme legali di contratto d'appalto, sempre aggiornate e rispondenti alle mutevoli esigenze emergenti nei traffici commerciali.

Nell'ambito di tali contratti *standard*, l'art. 4.7.1 dell'A.I.A. *Documents A-201* disciplina l'istituto del *claim*, con cui si prevede la possibilità di richiedere l'aggiustamento o la rinegoziazione delle condizioni contrattuali a seguito di un mutamento delle circostanze³⁴⁹.

Nonostante la norma attribuisca la possibilità di esercitare tale rimedio ad entrambi i contraenti, il *claim* rappresenta per lo più uno strumento di tutela delle ragioni del *contractor* (appaltatore), di guisa che esso si configura tendenzialmente

³⁴⁸ROSSELLO; op. cit., p. 392

³⁴⁹AMORE, op. cit., p. 173, secondo la quale, a ben vedere col termine *claim* «si identificano tanto la richiesta di "aggiustamento", quanto la clausola che prevede il diritto alla rinegoziazione, quanto l'eventuale controversia che dovesse scaturire tra committente (owner) e appaltatore (contractor) in caso di mancato raggiungimento del nuovo accordo e il meccanismo di risoluzione della stessa».

come meccanismo di trasferimento del rischio dall'appaltatore al committente, diretto a realizzare un'equilibrata distribuzione dei rischi tra le parti.

La ripartizione del rischio avviene attraverso la rinegoziazione concordata dei termini dell'accordo, o, in mancanza di esso, mediante un'apposita procedura di soluzione della controversia che consente la rapida definizione della vertenza (c.d. *claim procedure*); solo in caso di fallimento di tale procedura, i contraenti potranno adire l'autorità giudiziaria seguendo la procedura ordinaria, eventualità che nella pratica si configura raramente.

Più nello specifico, la clausola del *claim* determina, in capo al *contractor* (appaltatore) la facoltà di formulare la richiesta di rinegoziazione e in capo al *owner* (committente) il sorgere del corrispondente obbligo di rinegoziare i termini contrattuali, in tutti i casi in cui sia necessaria una dilazione dei termini di consegna (c.d. *claim for extension time*), o un mutamento dei termini dell'accordo dovuto alla scoperta di diverse condizioni del suolo (c.d. *claim for changed or unforeseen condition*) ovvero nelle ipotesi di aumento dei costi dovuti a varie circostanze (c.d. *claim for extra costs* o *extra works*)³⁵⁰.

Al di là delle differenti sfumature, la procedura si articola in tre fasi: essa si apre con la c.d. *presentation* che consiste nella prima fase della *claims procedure* che si compone, a sua volta, di tre momenti distinti: l'avviso (*notice*), la preparazione (*preparation*) e la rinegoziazione (*renegotiation*)³⁵¹.

In questa prima fase, l'appaltatore effettua una valutazione sulla sussistenza dei presupposti di operatività del *claim* rilevando l'incidenza dell'evento sopravvenuto sui termini e/o sui costi di adempimento della prestazione, dandone tempestivo avviso (*notice*) al committente.

Segue la c.d. preparazione (*preparation*) consistente nella raccolta del materiale probatorio necessario a dimostrare la sussistenza dei presupposti di operatività del *claim* e l'incidenza dell'evento sulla prestazione originariamente pattuita.

Nell'ambito di questo sub-procedimento, l'appaltatore dovrà raccogliere il materiale necessario a dimostrare la sussistenza dei presupposti del *claim* sotto il profilo legale, finanziario e tecnico. In particolare, il *contractor* dovrà individuare

³⁵⁰Per una più approfondita disamina dei singoli tipi di *claim* si rinvia a AMORE, *op. cit.*, p. 196 ss..

³⁵¹AMORE, *op. cit.*, p. 218 ss..

esattamente gli obblighi contrattuali nascenti in capo ai contraenti, alla luce della ripartizione dei rischi risultante dal regolamento negoziale (profilo legale). Inoltre, egli dovrà illustrare l'impatto economico derivante dall'evento sopravvenuto e dunque l'eccedenza tra il costo preventivato e quello concretamente necessario ad eseguire la prestazione (aspetto finanziario). Infine, sotto il profilo tecnico, dovrà provare l'adequatezza della soluzione tecnica proposta per la migliore gestione della sopravvenienza³⁵².

Raccolti tutti gli elementi, il *contractor* redige il *claim* sulla base di uno schema che si compone di sei punti: l'introduzione, in cui vengono indicati gli estremi del contratto d'appalto, l'evento sopravvenuto e il tipo di *claim* presentato; l'esposizione dei fatti; l'esame degli obblighi contrattuali; il programma dei lavori; i costi conseguenti e, infine, le conclusioni³⁵³.

Redatto il *claim*, l'appaltatore deve presentarlo al committente nel breve termine di ventuno giorni dal verificarsi dell'evento o dalla sua scoperta³⁵⁴.

In questa fase della procedura, un ruolo fondamentale è svolto dal progettista (*architet/engineer*) cui spetta la decisione preliminare sulla fondatezza del *claim*; in caso di esito positivo di tale valutazione, egli raccomanderà al committente di rinegoziare il contratto sottoscrivendo il c.d. *change order*, ossia un nuovo accordo che viene sottoscritto dal progettista, dal committente e dall'appaltatore, avente ad oggetto la modifica della prestazione e/o del corrispettivo e/o del termine di adempimento (art. 7.2.1, *A.I.A. Document A-201*).

Come si può notare, la conclusione delle trattative viene incentivata dalla partecipazione ad esse dello stesso progettista (*longa manus* del committente) il quale consiglia e raccomanda il *change order*, sicché l'*owner* viene di fatto indotto alla rinegoziazione.

Il raggiungimento dell'accordo, tuttavia, non sempre è possibile, infatti, il progettista potrebbe rigettare in tutto o in parte il *claim* oppure dichiarare di non essere in grado di valutarne la legittimità (art. 4.8 dell'*A.I.A. Documents A-201*)³⁵⁵.

³⁵²Sotto il profilo finanziario, basterà allegare i preventivi, le fatture o altro materiale probante gli *onera sustinenda* e/o quelli già sostenuti. In questo senso v. AMORE, *op. cit.*, p. 220.

³⁵³AMORE, *op. cit.*, p. 182.

³⁵⁴AMORE, *op. cit.*, p. 221.

³⁵⁵ID., *ibidem*.

Il committente potrebbe, in questi casi declinare la richiesta di adeguamento e in tal caso, si aprirebbe la seconda fase della *claim procedure* consistente nel ricorso a collegi arbitrali denominati *Dispute Review Boards (D.R.Bs.)*.

Il *D.R.Bs.* si compone generalmente di tre membri rispettivamente scelti dall'appaltatore, dal committente e dai primi due membri così individuati, garantendo in tal modo una sufficiente obiettività nella decisione³⁵⁶.

I membri vengono individuati in base a criteri di imparzialità, esperienza e competenza nel settore degli appalti, mentre non è necessario che abbiano anche conoscenze giuridiche.

La controversia viene discussa in una sorta di udienza informale che si svolge nello stesso luogo di lavoro e in essa ciascuna parte espone le proprie ragioni e il collegio decide in base ai dati raccolti.

La natura vincolante e meramente consultiva della decisione assunta dal Collegio dipende da ciò che le parti stesse hanno stabilito, ovvero dalla funzione di "organo decisorio" o di "comitato consultivo" che esse hanno assegnato agli arbitri³⁵⁷. Nel primo caso, la decisione sarà giuridicamente vincolante e immediatamente esecutiva, sempre che non venga impugnata, in sede arbitrale o innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, entro un breve termine stabilito convenzionalmente dalle parti; nel secondo caso, invece, la decisione sarà considerata mera raccomandazione e non avrà efficacia vincolante, cosicché le parti saranno libere di scegliere se rinegoziare il contratto secondo quanto consigliato dal *D.R.Bs.*, ovvero ricorrere all'arbitrato o all'autorità giudiziaria ordinaria.

L'ampia diffusione dell'istituto del *claim* nella prassi nordamericana mostra come la "veste" consultiva del *D.R.Bs.* sia quella più diffusa, in considerazione della forma amichevole di tale rimedio che consente di mantenere in vita il rapporto

³⁵⁶ID., *op. cit.*, p. 223 ss..

³⁵⁷Sotto questo profilo appaiono evidenti le analogie con l'arbitrato rituale e irrituale previsto dal nostro ordinamento: il primo, le cui caratteristiche essenziali sono previste dal c.p.c., in cui il lodo ha l'efficacia di una sentenza di primo grado; il secondo, le cui regole devono essere previste dalle parti, termina con un atto negoziale concluso dagli arbitri cui viene conferito una sorta di mandato a transigere. La differenza consiste nel fatto che il ricorso al *D.R.Bs.* è una procedura aggiunta e ulteriore rispetto all'arbitrato cui si può in ogni caso ricorrere qualora la procedura dovesse fallire, ma con gli evidenti vantaggi di ricorrere ad un organo specializzato nel settore che agisce assistendo le parti nel corso delle trattative per giungere alla rinegoziazione.

contrattuale sulla base di decisioni che fungono più da "guida" che da atto di imposizione tipico dei rimedi contenziosi³⁵⁸.

A ben vedere, peraltro, nell'una o nell'altra ipotesi, l'accoglimento della decisione del *D.R.Bs.* da parte dei contraenti determina comunque la definizione della lite in tempi certamente più spediti e celeri di quanto non accadrebbe facendo ricorso alla via giudiziale ordinaria. Sebbene le parti siano libere di rifiutare la soluzione proposta dal *D.R.Bs.* nella sua veste consultiva, rivolgendosi all'organo arbitrale o giudiziale, infatti, esse raramente saranno indotte a farlo giacché troveranno senz'altro più conveniente accettare la soluzione bonariamente proposta dal *Dispute Review Boards*.

Dall'esame della procedura sopra descritta, sembrerebbe che l'obiettivo di individuare uno strumento manutentivo volto alla conservazione del contratto preservando l'originario equilibrio tra le prestazioni, possa in relazione all'appalto e più in generale nei contratti "di durata" essere perseguito per mezzo del *claim* o comunque mediante procedura analoga, che consenta di raggiungere un accordo adeguato alle mutate circostanze, evitando le conseguenze pregiudizievoli necessariamente connesse con l'avvio di un'azione giudiziaria dalla quale entrambi i contraenti potrebbero uscire sconfitti.

Ciò potrebbe avvenire anche nel nostro ordinamento attraverso la previsione di un'apposita clausola negoziale che imponga alle parti di rinegoziare il programma negoziale al verificarsi di determinate sopravvenienze sulla base di una procedura analoga a quella sopra illustrata.

Il limite di tale procedura è ancora una volta rappresentato dalla impossibilità dei contraenti di prevedere tutti i possibili eventi che si potrebbero verificare durante l'esecuzione del contratto³⁵⁹: infatti, la previsione di una clausola di *claim* enunciata in via generica creerebbe problematiche inerenti la sua affettiva portata cogente; mentre la presenza di una clausola dettagliata non escluderebbe comunque ogni possibilità di vertenza, posto che il suo contenuto potrebbe formare oggetto di contestazione sulla perfetta corrispondenza tra l'evento descritto nel contratto e quello nel concreto verificatosi.

³⁵⁸Per un'ampia rassegna della dottrina americana si rinvia a AMORE, *op. cit.*, p. 224.

³⁵⁹Sul punto v. *supra* Cap. III.

La mancata o inesatta previsione dell'evento comporterebbe anche in questo caso il legittimo rifiuto da parte del committente di rinegoziare i termini dell'accordo, con frustrazione dell'interesse dell'appaltatore e annessa paralisi del rapporto contrattuale.

Il rimedio proposto dal sistema angloamericano presenta il pregio di arricchirsi di un ulteriore elemento: la possibilità cioè delle parti di rivolgersi ad un organo qualificato e composto da esperti nel settore degli appalti capace di risolvere in tempi certi e senza costi eccessivi la controversia mantenendo uno stato d'animo più disteso tra i contraenti.

Va da sé, infatti, che l'instaurazione di una lite in sede giudiziaria raramente si conclude in via amichevole e pacifica cosicché anche una prosecuzione del rapporto adeguata alle mutate circostanze risulterebbe poco realistica.

La creazione di un organismo preposto a tal guisa sembra forse la soluzione più corretta se non fosse che i meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie finora introdotti nel nostro Paese hanno avuto poco seguito. Al fine di "incentivare" i contraenti ad un ipotetico ricorso ad una procedura di risoluzione della lite, analoga a quella sopra descritta innanzi al *D.R.Bs.*, sarebbe richiesto pertanto un intervento legislativo volto a introdurre un efficace meccanismo di induzione alla cooperazione che offra maggiori incentivi alla negoziazione dei termini contrattuali al fine di assicurare la salvezza degli effetti del contratto.

4. Le sopravvenienze del contratto nell'ordinamento cinese: origini storiche e sviluppi attuali

Un'analisi completa dei rimedi previsti in materia di sopravvenienze nell'attuale scenario del mercato globale, non può non tener conto dell'ordinamento cinese che negli ultimi decenni sta assumendo rilievo primario soprattutto per la grande crescita economica che lo vede protagonista insieme ad altri Paesi asiatici³⁶⁰.

La millenaria tradizione giuridica orientale, incentrata per lo più sull'etica e sulle regole sociali, ha per lungo tempo indotto il legislatore cinese ad evitare

³⁶⁰Per una visione completa dell'attuale diritto vigente nell'Asia orientale v. AJANI-SERAFINO-TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale, in Tratt. Dir. Comp.*, diretto da SACCO, Milano 2007.

l'adozione di strumenti autoritativi modellati secondo gli schemi del *positivismo* occidentale³⁶¹.

Tale diffidenza ha generato il pregiudizio europeo secondo cui la Cina non avrebbe ancora raggiunto un livello di cultura necessario ad una Nazione che voglia abbandonare il ruolo di Stato secondario³⁶².

Ma se si analizza la storia del diritto cinese applicabile agli stranieri fin dall'epoca confuciana, si scopre che essa appare divisa in due fasi: nella prima, collocata nell'epoca dei Tang, dei Song e dei Mongoli (dal 620 al 1368 d. C.), durante la quale la Cina concesse agli insediamenti stranieri, specialmente arabi e persiani, il diritto di autonomia giuridica, sotto un capo eletto ma responsabile nei confronti del governo cinese; e una seconda fase nella quale tali privilegi non vennero più concessi.

Nella prima fase, in particolare, trovò applicazione il primo Codice imperiale cinese emanato sotto la dinastia dei Tang, ovvero il Codice Tanglǔshuyi del 654 che conteneva la disposizione secondo cui «*Qualora esseri umani estranei alla cultura cinese si ledono tra loro, deve essere applicato il loro diritto se sono dello stesso popolo; se sono di popoli diversi deve essere applicato il presente codice*»³⁶³.

Come emerge da tale disposizione, in base alla dottrina confuciana largamente diffusa all'epoca della Cina Imperiale, ogni popolo aveva un proprio «*li*», inteso come ordine etico-sociale per cui, fermo restando il più alto valore riconosciuto al

³⁶¹Nonostante la Cina abbia conosciuto l'elaborazione delle prime leggi scritte fin dal III sec. a. C. giungendo all'elaborazione del primo Codice imperiale cinese durante la dinastia Tang (VII-VIII sec. d. C.), le norme in esso contenute avevano per lo più un'impronta penalistica, nel senso che gran parte delle disposizioni si limitavano a prevedere una condotta illecita e a disporre una sanzione che, salvo i casi più gravi, era convertibile in pena pecuniaria. Le questioni privatistiche attinenti a rapporti personali o patrimoniali erano per lo più regolate da due sistemi "normativi" alternativi a quello statale: la letteratura confuciana e le consuetudini locali: alla prima si faceva ricorso per le vertenze in materia di famiglia, successioni e proprietà comuni ai clan; mentre alla seconda ci si riferiva per le controversie in materia fondiaria e commerciale. Nelle materie di cui si occupavano le istituzioni statali, la legge era applicata dai magistrati di primo grado territorialmente competenti, i quali, tuttavia non erano giuristi ma letterati che esercitavano la funzione giurisdizionale unitamente alle altre funzioni pubbliche di loro competenza. Essi dovevano agire secondo le virtù confuciane e il processo doveva essere giusto, efficiente ed educativo. In questo senso v. AA.VV., *Sistemi giuridici nel mondo*, Torino, 2012, p. 228-229 secondo cui, anzi la formazione di un ceto di avvocati non fu mai consentita, tanto che l'esercizio di professioni legali fu sempre scoraggiato e proibito. In questo senso anche AJANI-LUTHER, *op. cit.*, Napoli, 2009, p. 7 secondo cui il giudice era vincolato più che alla legge scritta, ai principi etici contenuti nelle opere del confucianesimo.

³⁶²AJANI-LUTHER, *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, 2009, p. 3.

³⁶³AJANI-LUTHER, *op. cit.*, p. 4.

diritto cinese, la Cina si attendeva dal «*li*» proprio dello straniero, un ordinamento capace di garantire la pace³⁶⁴.

Con la caduta dei mongoli e l'ascesa della dinastia dei Ming (1368- 1644) iniziò un periodo di lenta trasformazione del diritto degli stranieri. A partire dal XVI secolo, in particolare nell'epoca successiva all'arrivo delle prime navi portoghesi, si aprì la seconda fase della storia del diritto cinese applicabile agli stranieri, caratterizzata da una progressiva erosione dei privilegi in precedenza garantiti.

Il venir meno della disponibilità della Cina alla concessione di autonomia nei confronti delle popolazioni straniere, si dovette probabilmente alle impressioni che ebbero i cinesi dei popoli dell'Europa occidentale: i primi europei giunti in Cina, infatti, furono per lo più avventurieri arrivati via mare e dediti al saccheggio, per cui anche il commercio con gli occidentali sfociò ben presto in pirateria³⁶⁵.

Mentre i persiani e gli arabi erano considerati popoli con un altro «*li*» e dunque dotati di una loro cultura, sebbene non paragonabile a quella cinese, gli europei si presentarono invece come dei puri barbari ovvero come individui senza un «*li*».

La concezione degli europei come esseri umani senza «*li*», ovvero come popoli privi di legami etici, rese del tutto inapplicabile ad essi il principio confuciano della delega di responsabilità in capo al maggior esponente della comunità straniera.

La chiusura della Cina verso l'Occidente mostrò le prime aperture solo a partire dal 1842, quando venne sottoscritto il Trattato di Nanchino con la Gran Bretagna, con il quale il Governo Imperiale consentì l'apertura di cinque porti al commercio

³⁶⁴In questo senso AJANI-SERAFINO-TIMOTEO, *op. cit.*, p. 53 ss, secondo cui il termine *li* viene convenzionalmente tradotto con la parola *rito*, ma sarebbe più corretto tradurlo con un concetto più complesso: «*ciò che è conforme all'agire naturale per la realizzazione dell'ordine universale*». In base a questa impostazione, i confuciani ritenevano che la legge scritta fosse uno strumento di governo dei popoli incivili e di coloro che si sottraevano all'educazione e alla pratica dell'autocoltivazione per la corretta pratica del codice rituale. Accanto alla dottrina confuciana, prese corpo anche la teoria legista (o Scuola delle leggi) che propugnava un sistema di governo basato su prescrizioni legali (*fa*) aventi carattere obiettivo ossia applicabili senza distinzioni di casta senza distinzione tra alti funzionari e popolo comune. Per garantire effettività alla legge, i sostenitori di tale teoria proposero di attuare lo *shiwu* che consisteva in un meccanismo di controllo sociale capillare: la popolazione veniva suddivisa in squadre di cinque-dieci componenti uniti dal principio di responsabilità reciproca e collettiva con lo scopo di consentire ai governanti di rispondere con prontezza alle esigenze della popolazione. Nonostante i tentativi di soffocare il pensiero confuciano, quest'ultimo arrivò ad acquisire il primato ideologico durante la dinastia Han (206 a.C - 220 d.C) e si affermò attraverso la c.d. «confucionizzazione» del *fa*, ossia attraverso l'imposizione di filtri confuciani agli apparati normativi edificati dalla precedente dinastia Qin, destinati a restare noti ai posteri per la loro crudeltà.

³⁶⁵AJANI-LUTHER, *op. cit.*, p. 5.

estero concedendo ai cittadini britannici il privilegio della extraterritorialità e cedendo a titolo perpetuo alla Corona britannica la sovranità sull'isola di Hong Kong.

Con la caduta dell'Impero e la proclamazione della Repubblica cinese il 1 gennaio 1912, il nuovo Governo repubblicano riuscì a dotarsi di un apparato legislativo improntato ai modelli giuridici europei e, in particolare, il Codice civile entrato in vigore nel 1929 fu compilato tenendo conto dei principali istituti di matrice tedesca³⁶⁶.

Ma l'intera legislazione emanata in questa epoca venne soppiantata, dopo lunghi anni di guerra civile, dalla nuova legalità socialista che, con l'emanazione della prima Carta costituzionale del 1954, diede un'impronta indelebile alla forma di Stato e di Governo tutt'ora rimaste invariate.

Tra le principali novità introdotte vi erano quelle riguardanti l'assetto economico del Paese, fondato sulla proprietà pubblica dei mezzi di produzione e sulla pianificazione centralizzata. Nonostante la Costituzione prevedesse la separazione tra lo Stato e il Partito comunista, quest'ultimo di fatto esercitava un controllo sistematico sulla selezione e assegnazione delle cariche pubbliche, imponendo che le principali cariche direttive, dell'amministrazione, dei tribunali e delle imprese pubbliche venissero affidate a soggetti graditi al Partito.

Dopo lo scisma da Mosca, nel 1958, iniziò un periodo di grande mobilitazione ideologica di impronta maoista che portò gli intellettuali a divenire oggetto di una violenta campagna critica volta alla rieducazione e alla repressione. Fu così che essi vennero inviati nelle zone rurali a rieducarsi per mezzo del lavoro: la pratica doveva sostituirsi alla teoria, il lavoro manuale al lavoro intellettuale³⁶⁷.

Per l'intero decennio successivo (dal 1966 al 1975) tutte le attività connesse allo studio del diritto vennero sospese.

Solo a partire dagli anni '70 i rapporti internazionali della Cina mostrarono nuovamente le prime aperture che culminarono, dopo due anni dalla morte di Mao, nella nomina di una nuova classe dirigente con la quale ebbe inizio un'imponente e irreversibile trasformazione della società cinese che va sotto il nome di "riforma economica"³⁶⁸.

³⁶⁶ AA.VV., *Sistemi giuridici nel mondo*, op. cit., p. 230.

³⁶⁷ AA.VV., *Sistemi giuridici nel mondo*, op. cit., p. 231.

³⁶⁸ AA.VV., *ibidem*, p. 232.

La situazione attuale mostra una maggiore propensione della Cina ad effettuare un'opera di rinnovamento delle proprie istituzioni giuridiche sul modello europeo al fine di garantirsi l'apertura agli scambi internazionali.

Già a partire dagli anni Ottanta, ha assunto un ruolo determinante nello sviluppo economico del Paese la previsione di un diritto commerciale prima di allora sconosciuto nella letteratura giuridica cinese. In particolare, la svolta avvenne nel 1988 attraverso il riconoscimento dell'autonomia economica delle imprese pubbliche e poi in seguito con l'emanazione del rivoluzionario Decreto sull'impresa privata col quale si concesse per la prima volta ai cittadini cinesi la possibilità di svolgere attività imprenditoriali. Nei successivi anni '90 l'opera di rinnovamento economico-commerciale venne continuata fino ad arrivare all'adesione della Cina alla *World Trade Organization*.

In relazione al diritto civile, l'ordinamento cinese è organizzato secondo logiche ed istituti derivati dalla tradizione romanistica sebbene si siano innestati diversi elementi di originalità. Benché si discuta da tempo dell'adozione di un Codice civile unitario, attualmente è in vigore un imponente apparato legislativo coordinato da una legge fondamentale definita "Principi Generali di Diritto Civile" risalente al 1986.

Con l'entrata in vigore della nuova Legge sui Contratti del 1999, è stata introdotta la nozione di autonomia privata e di parità tra contraenti pubblici e privati. Tale normativa definisce il contratto come «*l'accordo tra persone fisiche, persone giuridiche e altre organizzazioni economiche in posizione paritaria volto a creare, modificare o estinguere rapporti obbligatori*»³⁶⁹.

La Legge sui contratti comprende una parte generale, dedicata ai principi, e una parte speciale dedicata ai contratti tipici (tra cui compravendita, somministrazione, donazione, mutuo, locazione, appalto).

L'influenza esercitata dalle codificazioni europee e dal diritto uniforme sono evidenti, tuttavia sono riscontrabili alcuni connotati tipici della formulazione cinese e in particolare l'utilizzo massiccio di clausole generali *vaghe*.

³⁶⁹ AA.VV., *op. cit.*, p. 237.

Tra queste clausole, un ruolo di grande rilievo assume il termine *heli*, citato per circa tre dozzine di volte nella sola Legge sui contratti in diverse disposizioni, elaborate sulla base dei modelli di diritto uniforme³⁷⁰.

Il significato semantico del termine *heli* trova la sua radice in tempi risalenti alla Cina tardo imperiale e nella sua traduzione esso viene suddiviso in due concetti, «*he*» che significa armonia e «*li*» che significa ragione, ossia agire «*secondo ciò che è giusto, ragionevole, logico*»³⁷¹.

Il termine *heli* viene utilizzato in particolare per richiamare l'attenzione del giudice sull'opera che è chiamato a compiere ed è pertanto associato all'idea di bilanciamento tra prescrizioni autoritative e circostanze rilevanti che devono essere valutate nella decisione di ciascun caso.

Nelle sue applicazioni concrete, il parametro di *heli* è riemerso dopo lungo tempo durante la prima decade delle riforme post-maoiste, quando, in un contesto normativo frammentato e lacunoso, i giudici dovettero farvi ricorso per effettuare il bilanciamento tra norme scritte e circostanze concrete.

Nelle sue applicazioni attuali *heli* viene utilizzato dai giudici col chiaro intento, non solo di colmare le lacune del sistema, ma anche di effettuare interventi correttivi all'interno dei contratti, al fine di adeguarli alle rapide evoluzioni socio-economiche in atto nel Paese.

Un ambito nel quale tale parametro ha ricevuto più ampia diffusione è quello delle sopravvenienze contrattuali, ove la casistica mostra come tali circostanze vengano gestite attraverso interventi diretti del giudice finalizzati a ripristinare l'equilibrio tra le prestazioni³⁷².

³⁷⁰TIMOTEO, *Nozioni vaghe e diritto. Lo standard di heli nella giurisprudenza cinese in materia di contratti*, in *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, 2009, p. 283 ss..

³⁷¹TIMOTEO, *Nozioni vaghe e diritto, op. cit.*, p. 286 ss. secondo la quale il concetto può essere ulteriormente spiegato attraverso un'analisi della radice semantica del termine «*li*» che richiama il significato di trama, tessitura o venatura della giada. Il concetto retrostante al *li* di *heli*, nel suo più antico significato, è quello di uno schema naturale delle cose. La giada è, infatti, una pietra dura che può essere lavorata facilmente solo se l'incisore è in grado di seguire le sue venature naturali; nello stesso modo, anche l'opera valutativa effettuata dal giudice deve essere diretta a ricercare le venature, individuare e seguire lo schema naturale delle cose. In tal modo l'Autrice spiega la profonda connessione tra il termine *li* e l'idea di giustizia, tanto che nel linguaggio cinese classico essa veniva utilizzata per indicare l'organo giudicante. Il termine veniva associato altresì ai termini *qing* (sentimenti umani) e *shiqing* (circostanze) che delineavano il metodo di predisposizione delle sentenze, nel rispetto delle particolarità di ciascun caso e tenuto conto di tutte le circostanze concrete

³⁷²L'esame della casistica è stata condotta in base alla ricerca svolta su banche dati da TIMOTEO, *op. cit.*, p. 290-291 ss..

Esempio emblematico dell'applicazione del termine *heli* ha riguardato un noto caso di stipulazione di un contratto di affitto di un terreno per scopi agricoli intercorso tra un'organizzazione collettiva delle aree rurali (uniche proprietarie della terra in base alla Costituzione cinese) e i contadini, singoli o associati. Durante l'esecuzione del contratto, la liberalizzazione del prezzo della frutta avvenuto verso la metà degli anni Ottanta, determinò un rilevante squilibrio delle prestazioni cosicché l'organizzazione collettiva risolse unilateralmente il contratto e concluse un nuovo accordo con un altro coltivatore.

Il primo contraente, tuttavia, agì in giudizio presso la Corte di Fufeng, per chiedere la prosecuzione del rapporto e la Corte decise la controversia in suo favore, stabilendo che l'aumento del prezzo della frutta poteva determinare il solo mutamento delle condizioni contrattuali, ma non la risoluzione del rapporto, ritenendo, altresì, che la richiesta risarcitoria avanzata dall'attore per i danni cagionati dall'interruzione improvvisa del rapporto fosse *heli* (ragionevole).

La pronuncia assume rilievo in quanto con essa è stata dato il primo riconoscimento nell'ordinamento cinese post-maoista della clausola *rebus sic stantibus*, attribuendo rilevanza al mutamento sopravvenuto delle circostanze sulla base del parametro di *heli*.

Analogo principio ha trovato applicazione anche in un successivo caso avente ad oggetto un contratto di vendita di gasometri di alluminio stipulato tra due società impegnate nel settore. Successivamente alla conclusione del contratto, lo Stato cinese aumentò significativamente il prezzo dell'alluminio cosicché la società fornitrice chiese la modificazione ovvero la risoluzione del contratto, ma senza successo. Essa reagì attraverso la sospensione della fornitura di alluminio e la società acquirente la citò in giudizio per inadempimento. Dopo la condanna in primo grado della convenuta, la Corte Superiore dell'Hubei si pronunciò però in suo favore, ritenendo che l'imprevedibilità e la straordinarietà dell'aumento del prezzo dell'alluminio avesse determinato la sopravvenuta iniquità delle condizioni contrattuali tanto da ritenere che la prosecuzione del rapporto alle stesse condizioni sarebbe stata contraria a buona fede in base all'art. 6 dei Principi generali del diritto civile³⁷³.

³⁷³TIMOTEO, *Nozioni vaghe e diritto. op. cit.*, p. 292.

Il principio del mutamento delle circostanze, dunque, pur non essendo codificato nella Legge sui contratti del 1999, riceve sostanziale riconoscimento attraverso l'interpretazione estensiva del principio di buona fede effettuata secondo un giudizio di *heli*.

Un più recente caso di applicazione di tale criterio ha riguardato un contratto di assicurazione in cui le parti - il proprietario di un ristorante e una Compagnia assicuratrice, la *China Properties Insurance Company* - avevano pattuito la durata, le modalità di pagamento e l'ammontare della prima rata di premio. Dopo la stipulazione, un incendio danneggiò il ristorante e l'assicurato chiese il risarcimento del danno alla Compagnia; quest'ultima rifiutò di adempiere eccependo che il pagamento di una sola rata di premio non dava diritto al risarcimento, trattandosi di pagamento parziale dell'intera polizza.

La Corte intermedia di Jilin in una pronuncia del 2000 affermò che, sebbene il pagamento fosse incompleto, il contratto doveva ritenersi concluso in base all'art. 9 della Legge sui contratti, poiché l'accordo si era concluso con riguardo a tutti gli elementi essenziali³⁷⁴.

La Corte concluse che in base al principio di ragionevolezza, il contratto doveva considerarsi valido ed efficace, tuttavia la somma dovuta dalla Compagnia a titolo di risarcimento, venne ridotta proporzionalmente in base alla parte di premio effettivamente corrisposta dall'assicurato: in tal modo il giudice effettuava un riequilibrio tra le prestazioni in base ai principi di *heli* e di equità di cui all'art. 4 dei Principi generali del diritto civile.

Dall'esame di tali pronunce si ricava che il termine *heli* viene utilizzato non solo ai fini applicativi della legge che lo contempla, ma anche dai giudici per effettuare interventi di correzione e adattamento dei termini negoziali in base alle circostanze concrete in cui si svolge il rapporto contrattuale.

In questa prospettiva, la riproposizione di antichi modelli sopravvissuti a livello latente, si combina dunque con le dinamiche più attuali di circolazione della ricchezza che producono soluzioni operative conformi alla *global law* e che migrano,

³⁷⁴Le parti, infatti, non avevano raggiunto alcun accordo sulle scadenze delle successive rate di premio, ragion per cui la Compagnia assicuratrice sostenne che il contratto non era stato validamente concluso perché l'accordo era incompleto. In tal senso TIMOTEO, *op. cit.*, p. 293 ss..

attraverso il diritto uniforme, anche negli altri Paesi coinvolti nel commercio internazionale³⁷⁵.

Sebbene una tale prospettiva applicativa del diritto appaia confacente al mutare delle circostanze, si tratta di un sistema che non può trovare applicazione nel nostro ordinamento fortemente ancorato al principio di certezza dei rapporti giuridici. Il principio di equità presente nel nostro ordinamento, che sembra potersi assimilare sotto alcuni profili al parametro di *heli* inteso come criterio che governa l'attività ermeneutica dell'organo giudicante, non può trovare applicazione oltre i casi espressamente previsti dalla legge e non può assurgere a rango di principio generale del sistema.

5. La via italiana dell'obbligo legale di rinegoziazione: profili evolutivi e considerazioni conclusive

Analizzando la disciplina delle sopravvenienze attualmente vigente nei diversi ordinamenti presi in esame, ci si avvede di come lo strumento della rinegoziazione sia considerato non solo opportuno, ma persino indispensabile per la gestione delle circostanze che sopraggiungono durante l'esecuzione del contratto.

Nel nostro ordinamento le regole elaborate per la tutela e la composizione degli interessi non sempre si rivelano adeguate al mercato reale e alle sue costanti trasformazioni, tanto che spesso l'autonomia privata si trova a dover adeguare e innovare la disciplina normativa elaborando regole concrete in sostituzione delle norme generali e astratte previste dalla legge.

Gli strumenti previsti dal nostro sistema giuridico, come è emerso nel corso di questo lavoro, non consentono di venire incontro alle esigenze di prosecuzione del rapporto contrattuale che si fanno più stringenti riguardo all'appalto che comporta spesso l'investimento di ingenti capitali.

Si tratta allora di capire in che modo, in assenza di un intervento normativo *ad hoc* o di una espressa previsione contrattuale, si possa riconoscere anche nel nostro ordinamento un obbligo di rinegoziazione in capo ai contraenti.

La strada più spesso percorsa dalla dottrina più autorevole è stata quella di rintracciare tale obbligo nel principio di buona fede *in executivis* e ciò in base

³⁷⁵TIMOTEO, *Nozioni vaghe e diritto*, op. cit., p. 299.

all'assunto che eseguire un contratto *fide bona* significherebbe anche rinegoziarlo, avendo la buona fede la capacità di fissare obblighi che, pur non essendo stati espressamente assunti dalle parti, sono comunque imprescindibili al fine di garantire la piena esecuzione del rapporto³⁷⁶.

Per effetto di tale impostazione, è stato recentemente sostenuto che in seno alla buona fede integrativa può incardinarsi «*il fondamento dell'obbligo di rinegoziazione dei contratti di durata nei casi di significativa alterazione dell'equilibrio contrattuale determinata da cause esterne imprevedute e sopravvenute*»³⁷⁷.

A questi fini è stata riconosciuta alla buona fede una duplice valenza: essa assume sia il ruolo di fonte di integrazione del contratto che, in raccordo con il principio di solidarietà sociale contenuto nell'art. 2 Cost., costituisce una clausola generale volta a fissare di volta in volta le regole di condotta a cui le parti devono

³⁷⁶AMADIO-MACARIO, *Diritto civile, op. cit.*, p. 549 secondo cui il fenomeno realizza un meccanismo di *autointegrazione del contratto* che si compie non più soltanto sul terreno degli obblighi accessori ma su quello dell'assetto complessivo degli interessi, nel rispetto dell'equilibrio che il contratto non ha realizzato in partenza ma è messo in grado di conseguire ugualmente proprio mediante la buona fede. In senso analogo v. PARRINELLO, *Obbligatorietà del vincolo e squilibrio delle prestazioni nei contratti tra imprenditori*, in *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, TOMMASINI (a cura di), Torino, 2003, p. 479. La tesi in passato ha aperto la strada al dibattito relativo alla tassatività o meno dell'elenco delle forme di integrazione del contratto contenuto nell'art. 1374 cod. civ.. Gli studi dedicati al tema dell'integrazione del contratto aprono un sentiero tortuoso e inducono a dubitare dell'effettiva concretezza del problema trattato. Quel che appare certo, secondo autorevole dottrina, è che l'integrazione «è fuori del contratto ma al tempo stesso ne determina l'operare; il contratto è il suo oggetto, ma alla costruzione del proprio oggetto essa non manca di partecipare. Di ciò l'art. 1374 è testimonianza eloquente, nel suo apparente contrapporre due diverse fonti degli obblighi discendenti dal contratto: quanto in esso è espresso, da un canto, e la legge, gli usi e l'equità, dall'altro» RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, in *Studi di diritto civile*, IRTI-RESCIGNO (diretti da), Milano, 2004, p. 12. In verità, tale questione può dirsi ormai superata per effetto della valorizzazione del principio di buona fede contenuto nell'art. 1375 cod. civ.. Al riguardo, è stato autorevolmente affermato che il richiamo alla legge contenuto nell'art. 1374, consente di individuare norme di contenenti altre fonti d'integrazione, tra le quali è certamente compresa la buona fede di cui all'art. 1375 cod. civ.. Accogliendo tale orientamento, è stato possibile superare l'infelice formulazione dell'art. 1374 cod. civ. che letteralmente non include tra le fonti di integrazione la buona fede, contenuta nell'articolo successivo relativo alla fase esecutiva del rapporto obbligatorio. In questo senso BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1948, p. 248, il quale afferma che, pur dopo la distinzione in due norme dell'antico precetto unitario contenuto nell'art. 1124 cod. civ. 1865, ha continuato a ritenere che gli artt. 1374 e 1375 «sono due regole che in realtà si integrano». In senso contrario vd. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, Il comportamento del creditore*, I, Milano, 1974, p. 27, il quale sottolinea che il codice distingue il momento dell'integrazione da quello dell'esecuzione, evidenziando che «l'uno riguarda in astratto il senso del comportamento dei soggetti, l'altro attiene invece al come di tale comportamento in concreto».

³⁷⁷In questo senso v. la Relazione tematica n. 116 del 10 settembre 2010 del CSM, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: il ruolo del giudice nel governo del contratto*, p. 5.

attenersi³⁷⁸. Essa si sostanzierebbe in un generale dovere di condotta cui i contraenti dovrebbero attenersi per cui anche l'obbligo di rinegoziazione dovrebbe desumersi in via integrativa. In secondo luogo, inoltre, grazie all'ampiezza del suo contenuto, essa consentirebbe anche al giudice notevoli margini di azione al fine di adeguare le pattuizioni contrattuali ed individuare le condotte nel concreto esigibili alla luce dei canoni di lealtà e correttezza.

La buona fede sarebbe così destinata ad operare, non solo sul piano degli effetti, come imporrebbe la sua collocazione sistematica, ma anche su quello del contenuto del contratto, rappresentando il punto d'incontro tra l'esigenza di coniugare la *lex privata* con il principio *pacta sunt servanda* e la *ratio* economica perseguita attraverso il riconoscimento dell'autonomia privata³⁷⁹.

Anche la prassi giurisprudenziale, dopo aver assegnato per lungo tempo alla buona fede la funzione di principio sussidiario, volto per lo più a qualificare il comportamento del soggetto inadempiente³⁸⁰, ha modificato il proprio orientamento attribuendo ad essa un ruolo di sempre maggiore rilevanza.

Pur nell'apprezzabile tentativo di ampliare il ruolo della buona fede *in executivis*, i passi mossi dalla Suprema Corte si sono fermati a metà del loro percorso: si è cioè da un lato riconosciuto ad essa un ruolo contestativo del regolamento pattizio nell'ottica della tutela del contraente svantaggiato, ma dall'altro

³⁷⁸Relazione tematica n. 116 del 10 settembre 2010 del CSM, *op. cit.*, p. 7 secondo cui «richiedendo comportamenti diversi in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto, l'obbligo di buona fede non si presta ad essere predeterminato nel suo contenuto».

³⁷⁹In questo senso sembra esprimersi RODOTA', *op. cit.*, p. 145 quando afferma che «proprio perché la disciplina della buona fede considera la posizione di ciascun contraente in rapporto a quella dell'altro e mette in relazione l'intero contratto con criteri di valutazione che riflettono l'ispirazione generale dell'ordinamento, tale disciplina si profila come limite all'autonomia individuale e come strumento per accentuare la valutazione obiettiva del contratto».

³⁸⁰In un primo tempo la buona fede operava solo nell'ambito degli effetti al fine di delimitare l'ampio margine di discrezionalità riconosciuto alle parti nel governo del contratto. Al riguardo v. Cass., 16 febbraio 1963, n. 357, in *Rep. Foro it.*, 1963, *Obbligazioni e contratti*, n. 216 secondo cui «Il dovere generico di lealtà e correttezza è bensì preso in considerazione nel vigente ordinamento giuridico, specialmente in materia contrattuale, ma la violazione di tale dovere, quando la legge non ne faccia seguire una sanzione autonoma, può costituire solo un criterio di valutazione e di qualificazione di un comportamento. Detto dovere non vale a creare, per se stesso, un diritto soggettivo tutelato erga omnes dalla osservanza del precetto del *neminem laedere*, quando tale diritto non sia riconosciuto da un'espressa disposizione di legge. Pertanto, un comportamento contrario ai doveri di lealtà, di correttezza e di solidarietà non può essere reputato illegittimo e colposo, né può essere fonte di responsabilità per danni quando non concreti la violazione di un diritto altrui già riconosciuto in base ad altre norme».

ha di fatto rinunciato a cogliere l'occasione per assegnarle la funzione integrativa del programma negoziale³⁸¹.

Solo in un secondo arresto giurisprudenziale, il principio ha ampliato il suo margine di operatività essendo stata attribuita ad esso la funzione di integrazione del rapporto, concorrendo alla determinazione del comportamento dovuto. La buona fede, in altri termini, *«si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale e generale del neminem laedere»*³⁸².

Analizzando il ruolo della buona fede in senso oggettivo, in tale pronuncia la Suprema Corte ha affermato che trattasi di principio cardine induttivamente estraibile dal sistema, che governa la discrezionalità e ne vieta l'abuso; in questo senso il dovere di correttezza si pone come limite interno di ogni situazione giuridica attiva o passiva, *«di modo che l'osservanza della legalità formale non si traduca in un sacrificio della giustizia sostanziale, disattendendo il dovere inderogabile di solidarietà sociale, costituzionalizzato all'art. 2 Cost. che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto o gli effetti e deve, ad un tempo, orientarne l'interpretazione e l'esecuzione, nel rispetto del principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio»*.

Sul punto, parte della dottrina ha rilevato che in tal modo la Corte ha ampliato di fatto i poteri del giudice consentendogli di misurarsi con la creazione della regola *iuris*, assegnando i più vari contenuti alla clausola di buona fede, anche in funzione correttiva del regolamento negoziale³⁸³. Nello stesso senso, altro orientamento ha sostenuto che l'indirizzo giurisprudenziale in esame *«segna il passaggio dalla generica ed indifferenziata applicazione della clausola generale di buona fede, spesso sinonimo di mancanza di colpa o di inesigibilità della prestazione dovuta,*

³⁸¹ SENOFONTE, *Buona fede e fideiussione per obbligazione futura*, nota a Cass., 18 luglio 1989, n. 3362, in *Giust. Civ.*, I, 1990, p. 134.

³⁸² Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, in *Rep. Foro it.*, 1991, *Vendita*, n. 23 in cui la Suprema Corte ha confermato la decisione dei giudici di merito che avevano sanzionato come non conforme a buona fede il comportamento del venditore che non si era adoperato per far conseguire all'acquirente il mutuo necessario al pagamento del prezzo.

³⁸³ MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giut. Civ.*, I, 1994, p. 2168.

all'applicazione di standards valutativi socialmente accettati, che forniscono al giudice linee-guida per la ricerca della decisione, al di fuori di ogni fenomeno di pre-comprensione, sia, in particolare, criteri valutativi dell'operato del contraente che gode di una posizione di discrezionalità ad esso riservata dallo stesso accordo contrattuale»³⁸⁴.

Con esplicito riferimento al ruolo del giudice nel "governo del contratto", un ulteriore arresto giurisprudenziale ha affermato che i principi di correttezza, buona fede *in executivis* e buona fede nell'interpretazione del contratto, rilevano sia sul piano dell'individuazione degli obblighi contrattuali che su quello del bilanciamento dei contrapposti interessi dei contraenti³⁸⁵.

In relazione al primo aspetto, essi impongono alle parti di agire preservando gli interessi della controparte, adempiendo gli obblighi anche non espressamente previsti dal contratto o dalla legge; in questo senso alla buona fede viene attribuito lo specifico compito di riportare il rapporto giuridico entro i binari dell'equilibrio e della proporzione. Con riguardo al secondo profilo, essi consentono al giudice di intervenire sul regolamento negoziale anche in senso modificativo o integrativo, ove ciò sia necessario per garantire un equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'*abuso del diritto*³⁸⁶.

In base a tali considerazioni, la S.C. ha concluso che deve ritenersi ormai acclarato che *«il principio dell'abuso del diritto è uno dei criteri di selezione con riferimento al quale esaminare anche i rapporti negoziali che nascono da atti di autonomia privata»* sancendo che *«oggi i principi della buona fede oggettiva e dell'abuso del diritto debbono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi*

³⁸⁴CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *Corriere giur.*, 1994, p. 572 ss..

³⁸⁵Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratto in genere*, n. 273-364.

³⁸⁶Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, *op. cit.*, secondo cui si ha «*abuso del diritto quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti in modalità non necessarie e irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti.*» Nella pronuncia in esame la S.C. si è espressa in tema di recesso *ad nutum*, stabilendo che *«i principi di correttezza e buona fede [...] rilevano sia sul piano dell'individuazione degli obblighi contrattuali, sia su quello del bilanciamento dei contrapposti interessi; sotto il primo profilo, essi impongono alle parti di adempiere gli obblighi anche non espressamente previsti dal contratto, ove ciò sia necessario per salvaguardare l'utilità del contratto per la controparte; sotto il secondo profilo, consentendo al giudice di intervenire anche in senso modificativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso»*. Sotto questo profilo l'abuso del diritto è considerato l'altra faccia della medaglia del principio di buona fede.

costituzionali – funzione sociale ex art. 42 Cost. - e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti. In questa prospettiva i due principi si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti [...] e prospettando l'abuso la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti».

Il nuovo orientamento giurisprudenziale che riconosce alla buona fede il ruolo di fonte di integrazione del contratto ha sollevato non pochi timori da parte della dottrina che ha paventato l'indeterminatezza dello strumento integrativo messo a disposizione dell'autorità giudiziaria con risvolti negativi sul piano della terzietà e obiettività di giudizio.

Sul punto, è stato peraltro autorevolmente replicato che la tecnica del rinvio a valori rilevabili attraverso la loro ricognizione demandata al giudice, risponde ad una ben precisa, legittima e collaudata tipologia normativa in seno alla quale egli «*non è chiamato a volteggiare senza rete nei cieli dell'etica*» ma deve seguire una «*partitura a rima obbligata*» considerando le specifiche circostanze di tempo e di luogo ed individuando «*quel minimo di cooperazione e solidarietà adeguati ad evitare lo sbilanciamento degli interessi in contatto*»³⁸⁷.

Altra tesi ha, peraltro, sollevato dubbi in ordine all'eccessiva ampiezza del contenuto dei valori individuati dal giudice, se cioè questi debba ispirarsi a modelli di condotta già consolidati nell'esperienza ovvero se possa innovarli ricorrendo a più ampie vedute³⁸⁸.

La tesi che avvalorata la propensione verso una maggiore apertura dei poteri dell'organo giudicante è d'altronde supportata dal riconoscimento di tale potere nel contesto sovranazionale, ove, come si è già avuto modo di evidenziare, i poteri correttivi dell'autonomia contrattuale sono stati riconosciuti al giudice oltre che dai Principi Unidroit, in particolare con riferimento alla disciplina dell'*hardship*, anche dai *Principes of European Contract Law* predisposti dalla Commissione Lando che prevedono, in caso di contratto concluso con "*ingiusto profitto o vantaggio iniquo*" che il giudice possa procedere ad annullamento o correzione del contratto in modo da armonizzarlo ai principi di buona fede e correttezza. Allo stesso modo, anche il

³⁸⁷MORELLI, *op. cit.*, p. 2173.

³⁸⁸ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita notarile*, 2002, fasc. 2, 1, p. 629.

Progetto preliminare di Codice Europeo dei contratti, elaborato dall'Accademia dei giuristi europei di Pavia, richiama il dovere di buona fede in varie disposizioni, tra cui l'art. 157 che prevede il potere del giudice di modificare o risolvere il contratto nel caso in cui una parte si sia sottratta alla rinegoziazione in presenza di circostanze straordinarie ed imprevedibili.

A ciò si aggiunga la disciplina della rinegoziazione presente in tutti gli ordinamenti considerati nel presente lavoro, ma anche in altri, come quello algerino, russo ed egiziano che mostrano la tendenza ormai diffusa volta a riconoscere sempre più ampi poteri all'organo giudicante anche a scapito della sacralità del principio di autonomia privata³⁸⁹.

La tendenza espansiva del sindacato giudiziale sul regolamento contrattuale sembra ormai inarrestabile in un contesto di sempre più ampia globalizzazione.

Una prima apertura del nostro ordinamento alle nuove tendenze in atto è stata registrata da una parte della dottrina nel settore amministrativo ove la giurisprudenza sembrava, almeno in passato, ammettere la rinegoziazione dei termini contrattuali.

Già in una risalente pronuncia, il Consiglio di Stato aveva affermato che «*una volta indirizzata la scelta, l'amministrazione ben potrebbe addirittura esperire ulteriore trattativa con la ditta prescelta, per ricercare condizioni più favorevoli*»³⁹⁰. In senso analogo, anche una successiva pronuncia ribadiva la legittimità della rinegoziazione da parte dell'amministrazione di clausole ulteriormente migliorative rispetto all'offerta originaria³⁹¹.

Ancora più di recente il TAR Campania ha ritenuto legittimo il comportamento dell'amministrazione che, successivamente all'aggiudicazione, si era avvalsa di un ulteriore ribasso del prezzo già concordato e ciò in base alla considerazione che il prezzo "fuori mercato" avrebbe comportato l'annullamento della gara con indizione di una nuova procedura e ulteriore aggravio di costi pubblici³⁹².

Non si è ancora giunti ad una aperta ammissione dello strumento rinegoziativo, tanto più che una recente Circolare del Consiglio di Stato del 2001 ha di fatto arrestato tali sviluppi ponendo un vero e proprio divieto di rinegoziazione delle

³⁸⁹BARALDI, *Il governo del contratto*, in *Contr. Impr.*, II, 2005, p. 525.

³⁹⁰Cons. St., 20 settembre 1990, n. 686, in *Giust. it.*, 1991, III, p. 10.

³⁹¹Cons. St., 8 luglio 1995, n. 1029, in *Rep. Foro it.*, 1995, *Contratti della p.a.*, n. 283.

³⁹²TAR Campania (Napoli), 9 marzo 1999, n. 681, in *Ragiusan*, 2000, I, p. 190-1, 153 (sm).

offerte nelle gare pubbliche dopo l'aggiudicazione, con ciò scardinando la precedente apertura registratasi nel settore³⁹³.

La Circolare suddetta è stata emanata col preciso scopo di arginare la prassi che aveva indotto le imprese aggiudicatrici e le amministrazioni committenti a rinegoziare le condizioni dell'appalto determinando un evidente effetto distorsivo sulla concorrenza e sulle finalità sottese alle procedure di gara³⁹⁴.

Il Consiglio di Stato, pronunciandosi sul punto ha, infatti, confermato l'illegittimità della rinegoziazione dell'offerta dopo l'aggiudicazione e ciò in considerazione della carenza della capacità d'agire di diritto privato in capo all'ente e della palese violazione delle regole di concorrenza e parità di condizioni tra i partecipanti delle gare pubbliche.

Nonostante l'orientamento restrittivo, parte della dottrina ritiene ancora di poter riscontrare delle tendenze evolutive nel settore e, in particolare, nell'ambito della disciplina degli appalti di grandi opere³⁹⁵. In questo settore, l'attuale art. 241 del D.Lgs. n. 163/2006 ha introdotto quello che è stato definito un *tertium genus* tra l'arbitrato camerale e l'arbitrato previsto dal codice di procedura civile poiché da un lato richiede l'applicazione delle norme del c.p.c. e dall'altro disciplina il suo svolgimento in modo nuovo³⁹⁶.

La sua caratteristica principale risiede nella conservazione del principio volontaristico e dell'autonomia privata anche nel fondamentale momento della scelta degli arbitri. Il collegio arbitrale, infatti, è composto da tre arbitri, di cui due scelti dalle parti fra professionisti aventi particolare esperienza nel settore degli appalti ed il terzo nominato di comune accordo tra gli arbitri o le parti stesse, cosicché la

³⁹³ Circolare del Consiglio di Stato del 15 novembre 2001, in *Gazzetta Ufficiale* n. 8 del 10 gennaio 2002.

³⁹⁴ CALDARELLI, *Divieto di rinegoziazione delle offerte successivamente all'aggiudicazione*, in *Appalti, urbanistica, edilizia*, 2002, p. 519; CIRILLI, *Rinegoziazione dell'offerta e principi comunitari e nazionali in tema di procedure di evidenza pubblica*, in *Giust. Amm.*, 2005, p. 203. In giurisprudenza v. Cons. St., 13 novembre 2002, n. 6281, in *www.dejure.it*.

³⁹⁵ AMORE, *op. cit.*, p. 266 la quale assimila l'attuale disciplina dell'arbitrato ex art. 241 D.Lgs. n. 163/2006 al Claim angloamericano ipotizzando la configurabilità di tale norma come primo passo verso la istituzionalizzazione di una prassi sovranazionale ormai approdata anche in Europa.

³⁹⁶ DOMENICHELLI, *La risoluzione in via giudiziaria o arbitrale delle controversie*, in *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2004, p. 1050; GRAZIUSO, *Il contenzioso nei lavori pubblici*, Padova, 2005, p. 208.

decisione da loro raggiunta può dirsi espressione dell'autonomia privata con ciò preservando il principio che ispira la disciplina della rinegoziazione³⁹⁷.

A nostro avviso, tuttavia, la volontarietà nella nomina degli arbitri è un elemento che caratterizza anche l'arbitrato, rituale e irrituale, disciplinato dalle norme processualcivilistiche, per cui non sembra possa trarsi da questo dato la conclusione di un'apertura del nostro ordinamento alla rinegoziazione del contratto.

Certo è che si tratta di un rimedio eccezionale che si inserisce in un sistema di per sé speciale quale quello degli appalti delle grandi opere pubbliche e che trova giustificazione nelle esigenze di celerità connesse alla realizzazione di infrastrutture e insediamenti di primaria importanza per lo sviluppo del Paese.

Si dovranno attendere i successivi sviluppi normativi per poter appurare se possa effettivamente configurarsi un obbligo di rinegoziazione in capo ai contraenti in un'ottica di armonizzazione del nostro ordinamento alla realtà giuridica ormai diffusa in gran parte dei sistemi giuridici sovranazionali.

L'intervento legislativo risulta dunque auspicabile al fine di fugare i dubbi della dottrina e offrire al giudice strumenti più certi su cui fondare la sua attività di controllo sull'equilibrio sinallagmatico.

³⁹⁷Per tale ragione AMORE, *op. cit.*, p. 266 ritiene di poter assimilare la disciplina dell'arbitrato *ex art.* 12, ora 241 D.Lgs. n. 163/2006 al *claim* americano ritenendo che entrambe le procedure stragiudiziali garantiscano il rispetto del principio volontaristico e dell'autonomia privata anche nel fondamentale momento della scelta degli arbitri. In tal senso con riferimento all'arbitrato in generale v. anche OCCHIPINTI, *L'arbitrato delle opere pubbliche*, in *L'arbitrato* (a cura di CECHELLA), Torino, 2005, p. 485.

Bibliografia

- AA.VV., *Sistemi giuridici nel mondo*, Torino, 2012
- AJANI-LUTHER, *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, 2009
- AJANI-SERAFINO-TIMOTEO, *Diritto dell'Asia orientale*, in *Tratt. Dir. Comp.*, diretto da SACCO, Milano 2007
- ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita notarile*, 2002, fasc.2, 1
- ALPA, voce *Interpretazione economica del diritto (Economic analysis of law)*, in *Noviss. Dig. it.*, app. IV, Torino, 1983
- ALPA, *Prime note di raffronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, in *Noviss. Dig. it.*, 1996
- ALPA, *I Principi Unidroit 2004 e i Principi di diritto europeo dei contratti*, in *Raccolta di studi giuridici*, 2004, www.consigionazionaleforense.it
- AMADIO-MACARIO, *Diritto civile - Norme, questioni, concetti*, I, Bologna, 2014
- AMORE, *Appalto e Claim*, in *Le monografie di Contratto e impresa*, (diretta da) FRANCESCO GALGANO, 2007
- ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1938
- ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1978
- ARNAUDO, *La ragione sociale. Saggio di economia e diritto cognitivi*, Roma, 2012
- ASCOLI, *La guerra come causa di forza maggiore*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1916
- BARALDI, *Il governo del contratto*, in *Contr. Impr.*, II, 2005
- BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1948
- BARBERA, *La presupposizione nel sistema dei rimedi contrattuali*, in *Soppravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, TOMMASINI (a cura di), Torino, 2003
- BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle soppravvenienze*, *Eu. Dir. Priv.*, 2003

BARSANTI, *Ancora sulla risolubilità dei contratti a lungo termine per il successivo mutamento dello stato di fatto*, in *Foro it.*, I, 1901

BATTISTONI, *La causa dei contratti e la presupposizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1929

BERNARDINI, *Hardship e Force Majeure*, in *Contratti commerciali internazionali e principi Unidroit*, BONELL e BONELLI (a cura di), Milano, 1997

BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969

BESSONE, D'ANGELO, v. *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994

BIAMONTI, *Sulla eccessiva onerosità sopravvenuta nel corso di concessioni amministrative di servizi e di appalti pubblici*, nota a Coll. Arbitr. 23 giugno 1948, *Foro it.*, I, 1949

BIAMONTI, *I concetti di previsione e di prevedibilità nella interpretazione e revisione dei contratti d'appalto di lavori pubblici*, in *Foro it.*, 1917, I

BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 1987

BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Dir. Civ.*, diretto da VASSALLI, Torino, 1972

BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, Milano, 1994

BONELL, *I principi Unidroit. Un approccio moderno al diritto dei contratti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1997

BONFANTE, *Corso di diritto romano, Le obbligazioni (dalle lezioni)*, Rist. corretta dalle lezioni, BONFANTE-CRIFO` (a cura di), Milano, 1979

BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, Torino, 1952

BRACCIANTI, *Gli effetti dell'eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti*, Milano, 1946

BUFFA, *Di alcuni principi interpretativi in materia di risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Riv. Dir. Comm.*, II, 1948

CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano 1979

CAGNASSO, voce *Appalto nel diritto privato*, *Digesto. Disc. Priv.*, sez. *Comm.*, I, Torino 1987

CALABRESI, *L'analisi economica del diritto contrattuale, Introduzione*, in *Interpretazione giuridica e analisi economica*, (a cura di) ALPA, PULITINI, RODOTA', ROMANI, Milano 1982

- CALDARELLI, *Divieto di rinegoziazione delle offerte successivamente all'aggiudicazione*, in *Appalti, urbanistica, edilizia*, 2002
- CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato*, RESCIGNO (diretto da), 9, Torino, 1987
- CANTELMO, *La presupposizione nella giurisprudenza italiana*, Milano, 1969
- CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *Corriere giur.*, 1994
- CARNELUTTI, *Matematica e diritto*, in *Riv. Dir. Proc.*, I, 1951
- CARNEVALE, *Appalto privato*, in *Rassegna di giurisprudenza commentata*, JANNUZZI (diretta da), I, Milano, 1977
- CARNEVALE-FERRATI, *L'appalto pubblico e privato*, in *L'appalto, Rassegna di giurisprudenza commentata*, (a cura di) JANNUZZI, I, Milano, 1974
- CARNEVALE-TROTTA, *Appalto pubblico e privato*, in *L'appalto, Rassegna di giurisprudenza commentata*, (a cura di) JANNUZZI, I, Milano, 1978
- CASELLA, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, Torino, 2001
- CATRICALÁ, *Commento all'art. 1655*, in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, Libro IV, Tomo VII, CATRICALÁ-DUBOLINO-ROMAGNOLI (a cura di), Milano, 2005
- CESÁRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000
- CIRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento del contratto commerciale internazionale*, in *Contr. Impr. Eur.*, 1998
- CIRILLI, *Rinegoziazione dell'afferta e principi comunitari e nazionali in tema di procedure di evidenza pubblica*, in *Giust. Amm.*, 2005
- COGLIOLO, *La guerra e i contratti commerciali*, in *Dir. Comm.*, I, 1914
- COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, I-II, Bologna, 2006

COSTANZA, *Le clausole di rinegoziazione e la determinazione unilaterale del prezzo*, in *Inadempimento, adattamento e arbitrato: patologie dei contratti e rimedi*, contributi raccolti da DRAETTA-VACCA, Milano, 1992

COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore. Problemi generali*, Milano, 1955

CRISCUOLI, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro o del giudice*, in *Riv. arb.*, 1999

DE BON, *Appalto privato, cause di scioglimento del contratto*, in *Recesso e risoluzione dei contratti*, DE NOVA (a cura di), Milano, 1994

DE LUCA, *Interpretazione del contratto e analisi economica del diritto*, in *Interpretazione del contratto nella dottrina italiana*, IRTI (a cura di), Milano, 2000

DE MARTINI, *Eccessiva onerosità nell'esecuzione della prestazione, diminuita utilità della controprestazione e principio di corrispettività nella dinamica del contratto*, in *Giur. Compl. Corte Cass.*, 1951, 3, I

DE NOVA, *I principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali*, in *Contratti*, 1995

DE NOVA, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, in *I contratti*, n. 5, 1994

DI MAJO, *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contr. Impr. Eur.*, 1, 1996

DI MAJO, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990

DOMENICHELLI, *La risoluzione in via giudiziaria o arbitrale delle controversie*, in *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2004

DUSI, *Sulla clausola rebus sic stantibus*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, II

FALZEA, *La condizione e gli elementi del fatto giuridico*, Milano, 1941

FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Milano, XIV, 1909

FERRARI, *I principi per i contratti commerciali internazionali dell'Unidroit e il loro ambito di applicazione*, in *Contr. Impr./Europa*, 1996

FRIGNANI, *Le clausole di hardship*, in *Inadempimento, adattamento, arbitrato – Patologie dei contratti e rimedi*, contributi raccolti da DRAETTA, VACCÀ, Milano, 1992

GALGANO, *Diritto civile e commerciale, Le obbligazioni e i contratti*, II, 1, Padova, 2004

GALGANO, *Diritto civile e commerciale, Le categorie generali, Le persone, La proprietà*, I, Padova, 2004

GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005

GALLETTO, v. *Clausola rebus sic stantibus*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, Torino, 1988

GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992

GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1960

GANDOLFI, *Per la redazione di un «codice europeo dei contratti»*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1995

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1994

GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. Impr.*, 2003

GENTILI, *Presupposizione, eccessiva onerosità sopravvenuta e sopravvenienza*, in *Giur. it.*, I, 1, 1983

GHIRONI, *Commento all'art. 1660 cod. civ.*, in *Codice dell'appalto privato*, LUMINOSO (a cura di), Milano, 2010

GIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile*, CICU-MESSINEO (a cura di), Milano, 1967

GIOVENE, *Impossibilità della prestazione e la "sopravvenienza" (la dottrina della clausola rebus sic stantibus)*, Padova, 1941

GIOVENE, *Sul fondamento specifico dell'istituto della sopravvenienza*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1921

GRAZIUSO, *Il contenzioso nei lavori pubblici*, Padova, 2005

INZITARI, *Clausole monetarie*, in *La moneta. La valuta*, in *Tratt. Dir. Comm.*, GALGANO (diretto da), Vol. VI, Padova, 1983

LENEL, *La letteratura civilistica tedesca degli ultimi anni*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1924

MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996

MANARA, *Sulla clausola rebus sic stantibus nei contratti continuativi di fornitura*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1916

MARASCO, *La rinegoziazione del contratto, Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, GALGANO (a cura di), Padova, 2006

MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, in *R.D.C.*, 1958, I

MARTINO, *La rinegoziazione efficiente - Analisi economica e comparatistica*, in www.academia.edu.it.

MASCARELLO, *Il contratto d'appalto*, Milano, 2002

MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1946

MIRABELLI, *Commentario al codice civile. Dei singoli contratti*, Torino, 1968

MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962

MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Cod. civ.*, Torino, 1980

MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979

MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giut. Civ.*, I, 1994

NANNI, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contr. Impr.*, 1994

NANNI, *La buona fede contrattuale. I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Collana diretta da GALGANO, Padova, 1988

NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, Il comportamento del creditore*, Vol. 1, Milano, 1974

NICITA-SCOPPA, *Economia dei contratti*, Roma, 2005

NICOLO', *Alea*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958

NIVARRA, *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. Dir. Civ.*, II, 2000

- OCCHIPINTI, *L'arbitrato delle opere pubbliche*, in *L'arbitrato* (a cura di CECHELLA), Torino, 2005
- OSILIA, *La sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1924
- OSTI, *La così detta clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1912
- PAGLIANTINI, *Indeterminabilità dell'oggetto, giudizio di nullità e contratto di agenzia: verso l'inefficacia delle clausole di modificazione unilaterale del contratto?*, in *Giust. Civ.*, I, 1998
- PARDOLESI, *Analisi economica del diritto* in *Digesto IV*, I, Torino, 1987
- PARRINELLO, *Obbligatorietà del vincolo e squilibrio delle prestazioni nei contratti tra imprenditori*, in *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, TOMMASINI (a cura di), Torino, 2003
- PELLICANO`, *La presupposizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976
- PERASSI, *Sull'autonomia dei contraenti*, in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1958
- PIETROBON, *Presupposizione*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991
- PINO, *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952
- PISU, *Commento all'art. 1664 cod. civ.*, in *Codice dell'appalto privato*, LUMINOSO (a cura di), Milano, 2010
- POSNER, *L'economia e il giurista, Economic analysis of law*, Boston-Toronto, 1977, trad. it. di ALPA, in *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1998
- PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, revisione di FALZEA, Milano, 1996
- PUGLIESE-SITZIA-VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2012
- PUNZI, *Il processo civile, sistema e problematiche, I procedimenti speciali e l'arbitrato*, Vol. III, Torino, 2010
- RAMELLA, *La funzione dell'equità nel campo dell'esecuzione dei contratti*, in *Dir. comm.*, 1922, I
- REDENTI, *Sulla nozione di "eccessiva onerosità"*, in *Riv. Trim, Proc. Civ.*, 1959
- RESCIGNO, *Codice civile*, Milano, 2003
- RESCIGNO, voce *Appalto*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988

- RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto privato italiano*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato: patologie dei contratti e rimedi*, contributi raccolti da DRAETTA-VACCA, Milano, 1992
- RESCIGNO, *Presentazione* a MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996
- RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, in *Studi di diritto civile*, IRTI-RESCIGNO (diretti da), Milano, 2004
- ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, (a cura di) IUDICA-ZATTI, Milano, 2001
- ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e "Frustration of contract"*, in *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 1973
- ROPPO, *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di "presupposizione"*, nota a Cass., 17 settembre 1970, n. 1512, in *Giur. it.*, I, 1, 1972
- ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e "Frustration of contract"*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1973
- ROSSELLO, *Sopravvenienze impreviste e adattamento del contratto nel diritto inglese e statunitense*, in *Inadempimento, adattamento e arbitrato*, contributi raccolti da DRETTE-VACCÀ, Milano, 1992
- RUBINO, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, (a cura di) VASSALLI, Torino, 1980
- RUBINO, *La guerra come caso fortuito nell'esecuzione degli appalti*, in *Dir. Giur.*, 1946
- RUBINO, *Svalutazione della moneta e risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Foro it.*, I, 1947
- RUBINO-IUDICA, *Dell'appalto*, in *Comm. cod. civ.* SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1992
- RUBINO SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizi*, Padova, 1996
- SACCO, *La presupposizione e l'art. 1467*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1948, II
- SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, VASSALLI (diretto da), Torino, 1975
- SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, SACCO (a cura di), Torino, 1993
- SAMUELSON-NORDHAUS, *Economia*, trad. it. OTTINO (a cura di), Milano, 1996

- SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966
- SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. a cura di SCIALOJA, Torino, 1900
- SCARANO, *Ius variandi del rapporto contrattuale nei contratti a tempo indeterminato con il consumatore*, in *Comm al capo XIV bis del Codice Civile: dei contratti del consumatore*, BIANCA-BUSNELLI (a cura di), Padova, 1999
- SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (ius variandi) del rapporto contrattuale*, in *Giur. Comm.*, I, 1992
- SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *Trattato dei contratti, I contratti in generale*, RESCIGNO (diretto da), Torino, 1994
- SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, SCIALOJA-BRANCA (a cura di), art. 1321-1352, Bologna-Roma, 1970
- SEGRE', *Alcune osservazioni sulla teoria della presupposizione nei riguardi del diritto romano e del diritto moderno*, in *Scritti giuridici*, Cortona, 1930
- SENOFONTE, *Buona fede e fideiussione per obbligazione futura*, in *Giust. Civ.*, I, 1990
- SERIO, v. *Presupposizione*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civile, Torino, 1996
- SINESIO, *Presupposizione, causa e buona fede nella vicenda dell'edificabilità dei suoli*, in *Foro it.*, 1977, I
- STOLFI, voce *Appalto*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958
- STOLFI, *L'appalto, Trasporto*, in *Trattato di diritto civile*, GROSSO-SANTORO PASSARELLI (diretto da), Milano, 1961
- TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, Milano, 1980
- TARTAGLIA, *L'adeguamento del contratto alle oscillazioni monetarie*, Milano, 1987
- TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi nell'onerosità sopravvenuta*, in *L'appalto privato*, Trattato diretto da M. COSTANZA, Torino, 2000
- TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Cod. civ. comm.*, SHLESINGER (diretto da), art. 1467-1469, Milano, 1995

TIMOTEO, *Nozioni vaghe e diritto. Lo standard di heli nella giurisprudenza cinese in materia di contratti*, in *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, AJANI-LUTHER (a cura di), Napoli, 2009

TOMMASINI, voce *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989

VALLE, *Progetti per la realizzazione di un diritto comune europeo dei contratti*, in *Contr. Impresa/Europa*, 2000

VASETTI, voce *Arbitrato irrituale*, in *Nov. Dig. it.*, Vol. I, 2, Torino, 1957

VICHI, *Variazioni esecutive nell'appalto "a corpo" e doveri di informazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1978

WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, traduz. e note di FADDA-BENSA, Torino, 1930, I

WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, trad. it. ANGELI (a cura di), *Le istituzioni economiche del capitalismo*, Milano, 1987

